

**YATAY YOĞUNLAŞMALARDA
TEK TEŐEBBŐS HAKİMİYETİ,
4054 SAYILI REKABETİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN ve
AB MEVZUATI UYGULAMALARI**

Aydın ÖZTUNALI

ANKARA 2003

© Bu eserin tüm telif hakları
Rekabet Kurumuna aittir. 2003

İlk Baskı, Şubat 2003
Rekabet Kurumu - Ankara

Bu kitapta öne sürülen fikirler eserin yazarına aittir;
Rekabet Kurumunun görüşlerini yansıtmaz.

02/07/2001 tarihinde
Rekabet Kurumu Başkan Yardımcısı İsmail Hakkı KARAKELLE
Başkanlığında, 1 No'lu Daire Başkanı Mehmet Akif ERSİN,
Baş Hukuk Müşaviri Doç. Dr. Osman Berat GÜRZUMAR,
Prof. Dr. Ejder YILMAZ ve Prof. Dr. Erdal TÜRKKAN'dan oluşan
Tez Değerlendirme Heyeti önünde savunulan bu tez,
Heyetçe yeterli bulunmuş ve Rekabet Kurulu'nun 18/07/2001 tarih ve
01-34/346 sayılı toplantısında "Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi"
olarak kabul edilmiştir.

ISBN 975-8301-45-4

0090

İÇİNDEKİLER

Sayfa No

SUNUŞ	
GİRİŞ	

Bölüm 1 GENEL OLARAK BİRLEŞME ve DEVRALMALAR

Bölüm 2 4054 SAYILI REKABETİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN'DA BİRLEŞME ve DEVRALMALARIN KONTROLÜ

2.1. YATAY YOĞUNLAŞMALAR	
2.2. DİKEY YOĞUNLAŞMALAR	
2.3. AYKIRI YOĞUNLAŞMALAR	

Bölüm 3 HAKİM DURUM

3.1. BİRLİKTE HAKİMLİK	
3.2. 4'üncü ve 6'ncı MADDELERDE HAKİM DURUM	

Bölüm 4 YATAY YOĞUNLAŞMALARDA TEK TEŞEBBÜS HAKİMİYETİ

4.1. TEK TEŞEBBÜS HAKİMİYETİNİN BELİRLENMESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ GEREKEN UNSURLAR	
4.1.1. Pazar Payları	
4.1.1.1. AB Uygulamalarında Tarafların Pazar Payının Önemi	
4.1.2. Nispi Pazar Payları	
4.1.2.1. 4054 Sayılı Kanun'da Nispi Pazar Payı Değerlendirmeleri	
4.1.2.2. AB Uygulamalarında Nispi Pazar Paylarına İlişkin Değerlendirmeler	

4.1.2.3. Yoğunlaşma Oranları (CR) ve Herfindahl-Hirschman Endeksi (HHI)	
4.1.3. Alıcıların Gücü (Buyer Power)	
4.1.4. Potansiyel Rekabet-Pazara Giriş Engelleri.....	
4.1.4.1. Pazara Giriş Engelleri	
4.1.4.1.1. Yasal Giriş Engelleri	
4.1.4.1.2. Ekonomik Giriş Engelleri	
4.1.4.2. 4054 Sayılı Kanun'da Potansiyel Rekabet ve Pazara Giriş Engelleri	
4.1.4.3. Potansiyel Rekabet ve Pazara Giriş Engelleri Konularında AB Uygulamaları	
4.1.5. Yoğunlaşmaya Taraf Olan Teşebbüslerin Özellikleri	
4.1.5.1. 4054 Sayılı Kanun'da Hakim Durum Analizlerinde Yoğunlaşmaya Taraf Teşebbüslerin Özelliklerine İlişkin Örnekler	
4.1.5.2. AB Uygulamalarında Yoğunlaşmaya Taraf Teşebbüslerin Özelliklerine İlişkin Örnekler	
4.1.6. Batmakta Olan Firma Savunması (Failing Firm Defence).....	
4.1.7. Verimlilik Savunmaları (Efficiency Considerations).....	

SONUÇ	
ABSTRACT	
KAYNAKÇA	

SUNUŞ

Rekabet Kurumu 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun tarafından kendisine verilen görevleri yerine getirmenin yanısıra düzenlediği bilimsel etkinliklerle ve yayımladığı eserlerle toplumda rekabet kültürünün yaygınlaştırılmasını da hedeflemektedir. Çeşitli illerde düzenlenen panel ve sempozyumlar, Kurum tarafından çıkarılan Rekabet Dergisi ve diğer yayımlar, mutad hale gelen ve alanında uzman konuşmacılarla konuların geniş bir yelpazede tartışıldığı, herkesin katılımına açık olan Perşembe Konferansları bunun örneklerini oluşturmaktadır.

Kurum tarafından uzmanlık tezlerinin bir seri halinde yayımlanması da bu faaliyetlerin bir parçasını teşkil etmektedir. Rekabet uzman yardımcılarının üç yıllık uygulama birikimleri ile yoğun mesleki eğitim ve araştırmalarını yansıtan uzmanlık tezleri hem Rekabet Kurumu'na hem de diğer ilgililere ışık tutacak önemli birer kaynaktır. Bu tezlerin bir bölümünde rekabet hukuku ve politikasının temel konu başlıklarını içeren teorik hususlar irdelenmiş, diğerlerinde ise rekabet hukuku uygulamaları bakımından öne çıkan sektörlerle ilişkin çalışmalar yapılmıştır. Tezlerden bazılarının ait oldukları alanlarda yapılan ilk akademik çalışmalar olmasının yanısıra, bu eserlerin Türkiye'nin halen yürütmekte olduğu ekonomik serbestleşme sürecine de yardım edecek nitelikler taşıdığına inanıyoruz.

Rekabet uzmanlığına yükselme tezleri yaklaşık üç yıllık uygulama deneyiminin ve yurt içi ve yurt dışı eğitim sürecinin ardından, titiz bir akademik araştırma çabasının neticesi olarak ortaya çıkmış ürünlerdir. Ele alınan konular bakımından kaynak olarak kullanılabilir yerli eserlerin yok denecek kadar az olmasının getirdiği zorluk ve ilk olmanın yüklediği sorumluluktan doğan baskı bu çalışmaların değerini bir kat daha arttırmıştır.

Rekabet Kurumu tarafından yayımlanarak ilgililerin ve araştırmacıların hizmetine sunulan bu tez serisini, rekabet hukuku ve politikaları alanındaki bilimsel çalışma sayısının yeterli düzeye ulaşmaktan henüz uzak olduğu ülkemizde önemli bir açığı kapatacağı inancıyla kamuoyuna sunuyoruz.

Prof. Dr. M. Tamer MÜFTÜOĞLU

Rekabet Kurumu Başkanı

GİRİŞ

90'lı yılların sonu daha önce görülmedik bir oranda şirket satınalmaları ve evlilikleri furçasına sahne olmuştur. Ancak ilginç olan husus, bu piyasa yapılanmalarının önemli bir bölümünün başarılı olamadığı ya da beklenen faydayı sağlamadığı gerçeğidir. Burada dikkate alınması gereken ilginç bir nokta da, bazı şirket satınalma ya da evliliklerinin sadece bir akıma kapılarak gerçekleştirilmiş olmasıdır. Bu davranış kalıplarının; belki de büyük, daha büyük olma isteğiyle, günümüzde gittikçe karmaşıklaşan ve bir o kadar da çatışan menfaatleri karşı karşıya getiren sermaye yapılanmalarının tamamen ya da kısmen rasyonel olmayan seçimleri sonucu meydana geldiğini söylemek yanlış olmayacaktır.

Yapılış amacı ne olursa olsun, şirket satınalma ve evliliklerinin rekabet otoritelerini doğrudan ilgilendirme nedeni, adeta bir moda halini alan bu akımın yoğunlaşma oranlarının artmasına neden olarak piyasaları yeniden şekillendirmesidir. Tek tek sektörlerde, toplamda da tüm ekonomi üzerinde kalıcı değişiklikler yaratan bu işlemlerin, net bir biçimde belirlenmiş olmasında büyük fayda olduğu düşünülen makro politikalar (salt ekonomik verimlilik, pazar entegrasyonu, geçici bir süre için işsizlikle mücadele, durağanlaşan ekonomiye hız kazandırılması vs.) çerçevesinde değerlendirilmesinin, hem uygulayıcılar hem de teşebbüsler açısından büyük yarar sağlayacağı açıktır.

Son yüz yıllık süreç göstermiştir ki; gerek iktisat teorileri gerekse düzenleyici kanunlar, piyasalarda yaşanan değişimi çok gerilerden izlemektedir. Baş döndürücü bir hızla ilerleyen bilim ve teknoloji, farklı düşünce sistemleri ve sürekli değişen tüketici ihtiyaç ve tercihleri, zamanın çok değerli olduğu çağımızda biz rekabet hukuku uygulayıcılarını, piyasaları çok daha yakından takip etmeye, gerekli düzenlemeleri ivedilikle uygulamaya sokmaya, çok daha hızlı ve sağlıklı kararlar almaya mecbur kılmaktadır.

Genel anlamda, bu çalışmanın konusunu oluşturan yatay yoğunlaşmalarda hakim durum değerlendirmeleri, sayısı ve büyüklüğü yıldan yıla artan birleşme ve devralmaların rekabet otoriteleri tarafından kontrolünde en

önemli hususlardan birisini teşkil etmektedir. Birleşme ve devralmalarla hakim duruma gelinip gelinmeyeceği konusu ileride ayrıntılı bir biçimde değinileceği üzere, pazar payından pazara giriş engellerine kadar pek çok farklı değışkene bağılı olup, belli oranda subjektif bir değeriendirmeyi gerektirmektedir. Bu çalışmada, zaman içerisinde değışen ve yeni kavramlarla zenginleşen hakim durum unsurlarının yatay yoğunlaşmalarda en çok öne çıkanları incelenmekte ve gerek 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, gerekse AB örnek davalarına değinilmektedir.

BÖLÜM 1

GENEL OLARAK BİRLEŞME ve DEVRALMALAR

Pazar ekonomisi, piyasadaki oyuncuların devlet müdahalesinin asgari seviyede olduğu bir ortamda serbestçe karar alma ve uygulama prensipleri üzerine kurulmuştur. Bu sistem içerisinde teşebbüsler, kârlarını maksimize etme, pazar paylarını artırma, rakiplerini elimine etme ve nihayet tekel olma güdüsüyle faaliyet gösterirler. Teşebbüsler, bu yarış içerisinde çok farklı metodlar kullanabilirler. Çok etkin ve verimli çalışma, ürünün tüketici tarafından tercih edilmesini sağlayacak yenilikler yaratma, geniş çaplı reklam kampanyaları ve rakip şirketleri satınalma bu araçlardan sadece birkaçıdır. Bu araçlar içerisinde, şirket birleşme ve devralmaları, söz konusu amaçlara ulaşmanın en kolay yollarından birisi olarak karşımıza çıkmaktadır.

Daha spesifik anlamda teşebbüsler, pazardaki rekabeti ortadan kaldırma, yeni pazarlara girme, ölçek ekonomilerine ulaşarak maliyet avantajı sağlama, dikey bütünleşme yoluyla dağıtıcı ya da sağlayıcı bağlamında istenilen kaliteyi yakalama gibi nedenlerle şirket satınalma ya da şirketlerle birleşme yoluna gitmektedir. Bu hususların büyük bir kısmı mikro bazda, gerek taraflar bağlamında ve gerekse toplumsal refahın artmasında yararlı sonuçlar yaratabilmektedir. Öte yandan bu tür oluşumlar, genellikle pazarda yeni kapasite yaratmayıp var olan kapasitenin el değiştirmesi şeklinde ortaya çıktıklarından, rakip sayısının azalmasına ve yoğunlaşmanın artmasına neden olarak, rekabeti azaltıcı yönde etkiler de doğurabilmektedir. Özellikle, ilgili piyasada yüksek pazar payına sahip teşebbüsler arasında gerçekleşen birleşmeler, küçük ve orta ölçekli teşebbüslerin zayıflamasına ve piyasadaki rekabetin hissedilir ölçüde azalmasına yol açabilmektedir (Sanlı 2000, 314-315).

Bu itibarla, piyasadaki rekabeti büyük oranda azaltma ihtimali karşısında, şirket satınalma ve evlilikleri rekabet otoriteleri tarafından kontrol altında tutulmaktadır.¹

Bu kontrol mekanizmasının sağlıklı ve çabuk bir şekilde işlemesi, hem şirketler hem de ekonominin tümü için son derece önemlidir. İleride ayrıntılarıyla değinileceği üzere, bu tür işlemler, geleceğe yönelik uygulamaları tahmine dayalı işlemlerdir ve kesinlik içermezler. Herhangi bir anti-rekabetçi sonuç doğurmayacak bir satınalmanın yasaklanması, belki de çok daha verimli bir yapının oluşumunun engellenmesi anlamına gelebilecekken, pazarda mutlak güç doğuracak bir birleşmeye izin verilmesi de, sonrasında davranışsal reçetelerle rekabetçi ortamın tesis edilmeye çalışılmasına göre çok daha maliyetli olabilecektir. Öte yandan, kaynaklarını bir araya getirmek ve reorganizasyonu sağlamak isteyen şirketler için geçen her an ekstra masraf anlamına geldiğinden, bu tür işlemlerin kısa sürelerde bitirilmesi esastır. Bu durumun yarattığı ikilem de, rekabet otoriteleri açısından daha sağlıklı ve detaylı değerlendirmeler için daha uzun sürelere ihtiyaç duyulmasında yatmaktadır.

¹ Bu düşüncenin temelinde davranışçı model teorisinde (Structure-Conduct-Performance) kavramlaştırılan yaklaşım yatmaktadır. Bu modelde, piyasa yapılarının piyasadaki rekabet ortamını tek yönlü etkilediği varsayılmaktadır. Yapılan çeşitli ampirik çalışmalarla, piyasa yoğunluğunun göreceli yüksek olduğu sektörlerdeki firma davranışlarının rekabetçi ortamdakilere göre göreceli uzak olduğu belirlenmiş ve bu itibarla tek yönlü ve dar bakışlı bir şekilde oluşturulan anılan modelle, temelinde piyasada belli bir seviyenin üzerinde yoğunlaşma yaratan yapısal değişikliklerin kontrol edilmesi ve yasaklanması öngörülmüştür. Bu sayede piyasa yapısı kontrol edilerek sonrasında yapılması muhtemel anti-rekabetçi davranışların engelleneceği düşünülmektedir. 4054 sayılı Kanun'un 7'nci maddesinin özüne aykırı olmamakla birlikte, S-C-P Modeli sonrasında yaşananlar ve geliştirilen yeni modeller bu düşüncenin eksik yönlerini ortaya çıkarmış ve özellikle rekabet otoritelerinin yoğunlaşmalara yaklaşım tarzında önemli değişikliklere yol açmıştır.

BÖLÜM 2

4054 SAYILI REKABETİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN'DA BİRLEŞME ve DEVRALMALARIN KONTROLÜ

4054 sayılı Kanun'un 7'nci maddesinde, “Bir ya da birden fazla teşebbüsün hakim durum yaratmaya veya hakim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşmeleri veya herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün mal varlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları, miras yoluyla iktisap durumu hariç olmak üzere, devralması hukuka aykırı ve yasaktır.” denilmektedir.²

Bu maddede, kamuoyunda şirket evlilikleri olarak bilinen, piyasadaki “yoğunlaşma” yaratıcı eylemler örneklenmektedir. Söz konusu madde ile, iki ya da daha fazla teşebbüsün “birleşme”si, bir teşebbüsün bir başka teşebbüsü “devralma”sı ya da 1997/1 sayılı Rekabet Kurulu’ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ’de belirtilen “ortak girişim”ler yoğunlaşma yaratıcı uygulamalar olarak tanımlanmaktadır.

Bu bağlamda, yoğunlaşmaları nitelikleri itibarıyla; yatay, dikey ve aykırı yoğunlaşmalar olarak üç başlık altında toplamak mümkündür.

2.1. YATAY YOĞUNLAŞMALAR

Faaliyet zincirinin aynı seviyesinde yer alan birleşme ve devralmalar, yatay birleşme ve devralmalar olarak tanımlanmaktadır. Örneğin; salça

² 7'nci maddenin ikinci fıkrasında “Hangi tür birleşme ve devralmaların hukuki geçerlik kazanabilmesi için Kurul’a bildirilerek izin alınması gerektiğini Kurul, çıkaracağı tebliğlerle ilan eder.”denilmektedir.

konservesi üreten bir şirketin kendisiyle aynı pazarda faaliyet gösteren bir rakip salça konservesi üreticisini bünyesine katması, bu anlamda yatay boyutta gerçekleşen bir işlemdir.

Yatay birleşmeler, pazardaki rakip sayısını azalttığı ve yoğunlaşma oranlarını artırdığı için, rekabet hukuku açısından en çok dikkat edilmesi gereken türdür. Ancak, küçük teşebbüslerin birleşerek büyükler karşısındaki güçlerini artırmaları gibi durumlarda, yatay birleşmeler tam tersi etki doğurarak ilgili pazardaki rekabet ortamına olumlu katkıda bulunabilmektedir.

2.2. DİKEY YOĞUNLAŞMALAR

Üretim zincirinin üst ya da alt bölümünde faaliyet gösteren teşebbüsler arasında gerçekleşen yoğunlaşmalar, dikey yoğunlaşmalar olarak adlandırılmaktadır. Örneğin, bir gazetenin gazete dağıtım firması ya da bir demir-çelik fabrikasının demir madeni satın alması dikey boyutta gerçekleşen yoğunlaşmalardır.

Dikey yoğunlaşmalar, pazar yapısında direkt olarak bir değişikliğe yol açmamakla birlikte, pazarın yeni girişlere kapatılması (foreclosure effect) ya da piyasadaki diğer teşebbüsleri dışlayıcı birtakım etkilere (exclusionary effect) yol açabilmeleri nedeniyle rekabet açısından zararlı sonuçlar doğurabilmektedir.

2.3. AYKIRI YOĞUNLAŞMALAR

Faaliyetleri bakımından birbirleriyle yatay ya da dikey boyutta bir yakınlık taşımayan, başka bir ifadeyle farklı pazarlarda etkinlik gösteren teşebbüsler arasındaki yapısal birliktelikler, “aykırı yoğunlaşmalar” şeklinde ifade edilmektedir. Şekerleme üreticisi bir firmanın mobilya üreten bir firmayı devralması, bu türden bir yapısal değişikliğe örnek olarak gösterilebilir.

Aykırı yoğunlaşmalar, yukarıda belirtilen iki tür yoğunlaşmaya göre rekabet otoriteleri için en az çekince teşkil eden yoğunlaşma türüdür. Ancak; istisnai durumlarda da olsa, söz konusu yoğunlaşmayla, bir pazardaki hakim durumun diğer bir pazarda yaratabileceği etkiler nedeniyle rekabet olumsuz yönde etkilenebilir. Bu tür yoğunlaşmalar, salt coğrafi pazar genişlemesi (pazarın aynı seviyesinde fakat iki farklı coğrafi pazarda faaliyet gösteren teşebbüslerin birleşmesi) şeklinde olabileceği gibi, ürün genişlemesi (aynı coğrafi pazarda faaliyet gösteren ve benzer ürünler üreten iki teşebbüsün birleşmesi) ya da tamamen karma yoğunlaşmalar (birbirlerinin faaliyet alanı arasında herhangi bir ilişki bulunmayan teşebbüslerin birleşmesi) şeklinde de olabilir.

1997/1 sayılı Tebliğ'de, nelerin bu Tebliğ kapsamında yoğunlaşma sayılacağına dair ayrıntılara yer verilmiş ve bildirim yükümlülüğü için gerekli ciro ve pazar payı eşikleri belirtilmiştir.³ Buna göre; ilgili pazarda⁴ yoğunlaşmaya taraf olan teşebbüslerin toplam pazar paylarının % 25'i veya bir önceki mali yıl sonunda oluşan ciroları toplamının 25 Trilyon TL'yi geçmesi halinde söz konusu işlem için, Rekabet Kurulu'na bildirimde bulunularak izin alınması gerekmektedir.

Söz konusu eşikler göstermektedir ki; Rekabet Kurulu ilgili pazarlarda 25 Trilyon TL. ciro ve % 25 pazar payı eşiklerinin altında kalan yoğunlaşmaların

³ 1998/2 sayılı Tebliğ ile birleşme ve devralmaların bildirim zorunluluğu için gerekli ciro eşiği 25 Trilyon TL'sına yükseltilmiştir.

⁴ "İlgili pazar" rekabet hukuku uygulamalarının en temel kavramlarından birisini oluşturmaktadır. Özellikle, 6'ncı madde kapsamında hakim durum tespitinde ve 7'nci madde çerçevesinde birleşme ve devralma yoluyla hakim durum yaratılması ya da var olan bir hakim durumun güçlendirilmesi analizlerinde pazar tanımı, neticeye direkt olarak etki eder niteliktedir. Bu itibarla, belli oranda subjektiviteyi içermekle birlikte, ilgili pazarların olabildiğince doğru ve sağlıklı bir şekilde tanımlanması çok önemli bir husustur. Uygulamada pazar tanımı, ilgili ürün pazarı ve ilgili coğrafi pazar olmak üzere iki boyutta yapılmaktadır. Mevzuatımızda ilgili ürün ve coğrafi pazar tanımları yer almamakla birlikte, 1997/1 sayılı Tebliğ'de pazarların nasıl tanımlanacağına ilişkin bazı açıklayıcı ifadeler bulunmaktadır. Bu bağlamda, söz konusu Tebliğ'in 4. maddesinde "...ilgili ürün pazarının tespitinde, birleşme veya devralma konusu olan mal veya hizmetlerle, tüketicinin gözünde fiyatı, kullanım amaçları ve nitelikleri bakımından aynı sayılan mal veya hizmetlerden oluşan pazar dikkate alınır; tespit edilen pazarı etkileyebilecek diğer unsurlar da değerlendirilir". denilmek suretiyle özellikle talep ikamesi üzerinde durulmaktadır. Talep ikamesi analizlerinde ise ürünün talep esnekliği ve çapraz fiyat esneklikleri önem kazanmaktadır. Öte yandan, bu değerlendirmelerde bazı durumlarda arz ikamesi de göz önünde bulundurulmaktadır. 1997/1 sayılı Tebliğ'e kaynak olan Topluluk Rekabet Hukuku'nda İlgili Pazar Tanımları Hakkında Komisyon Bildirisi'nde (Commission Notice on the definition of the relevant market for the purposes of Community Competition Law) arz ikamesinin de; etkinlik ve zamanlama bakımından en az talep ikamesi kadar etkili olması durumunda pazar tanımlanmasında dikkate alınabileceği öngörülmektedir. Bu durum için, sağlayıcıların ilgili ürünün fiyatlarında küçük fakat sürekli bir artış olduğunda, ciddi bir maliyetle veya riskle karşılaşmadan ilgili ürünü üretmeye başlayabilmeleri koşulunun sağlanması gerekmektedir.

İlgili coğrafi pazarla ilgili olarak da yine anılan Tebliğ'de, "...ülkenin önemli bir bölümünden oluşan coğrafi pazar, teşebbüslerin, mal ve hizmetlerinin arz ve talebi konusunda faaliyet gösterdikleri, rekabet koşullarının yeterli derecede homojen ve özellikle rekabet koşulları komşu bölgelerden hissedilir derecede farklı olduğu için bu bölgelerden kolayca ayrılabilen bölgelerdir. Coğrafi pazar değerlendirmesi yapılırken, özellikle ilgili mal ve hizmetlerin özellikleri ile tüketici tercihleri bakımından giriş engellerinin, ilgili bölge ile komşu bölgeler arasında teşebbüslerin pazar payları veya mal ve hizmetlerin fiyatları bakımından hissedilir bir farklılığın varlığı gibi unsurlar dikkate alınır." denilmektedir. Uygulamada ilgili coğrafi pazarın belirlenmesinde en çok öne çıkan hususlar taşıma maliyetleri, ürün özellikleri ve kullanıcı tercihleri olmaktadır. Örneğin çimento sektöründe nakliye maliyetlerinin yüksekliği, coğrafi pazarın üretim merkezinin etrafındaki 150-200 km'lik bir bölgeyle sınırlanmasına neden olurken, hazır betonda coğrafi pazar, betonun üretimden itibaren iki saat içerisinde kullanılması zorunluluğu dolayısıyla, çok daha küçük bir bölgeye sıkışmaktadır.

rekabeti önemli ölçüde azaltmadığını düşünmekte ve bildirimde bile bulunulmasına gerek görmeden, söz konusu yoğunlaşmaları anılan Kanun'un 7'nci maddesi kapsamı dışında bırakmaktadır. Ancak burada, özellikle teşebbüsler açısından önemle göz önünde bulundurulması gereken bir husus vardır ki; o da ilgili pazarların (ürün ve coğrafi olarak) tanımlanmasında Rekabet Kurulu'nun tek yetkili organ olduğu konusudur. Rekabet Kurulu'nun ilgili pazarları taraf teşebbüslerden daha dar tanımlaması halinde, bildirimde bulunulmamasından dolayı para cezası uygulanabilmekte ve hatta Kurul, birleşme ve devralma işleminin sona erdirilmesi kararı dahi verebilmektedir.⁵

Kanun'un 7'nci maddesi kapsamında belirtilmesi gereken bir önemli husus da, ilgili piyasadaki "rekabetin önemli ölçüde azaltılması" konusudur. Bir başka ifadeyle; bir yoğunlaşmanın yasaklanabilmesi için rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde hakim durum yaratması veya var olan bir hakim durumu güçlendirmesi gerekmektedir. Bazı yorumlara göre (Bishop ve Walker 1999, 27), bir neden sonuç ilişkisi içerisinde bulunduğundan dolayı, her hakim durumun piyasadaki rekabeti önemli ölçüde azaltacağı varsayılmaktadır. Bu itibarla, söz konusu durumun piyasadaki rekabet üzerindeki etkisine ayrıca bakılması gereksiz bulunmaktadır. Söz konusu doğrultuda olan düşüncede, pazara giriş engelleri ve yoğunlaşmanın pazara potansiyel etkisi konularının zaten hakim durum değerlendirilmesinde göz önüne alındığına dikkat çekilmektedir (Fine 1996, 207).

Öte yandan, hakim durum ile rekabetin önemli ölçüde azaltılması arasındaki ilişkinin mutlak olmadığı, bazı istisnai durumlarda da olsa hakim duruma gelmenin ya da mevcut bir hakim durumu güçlendirmenin rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğurmayacağı haller de bulunabilmektedir. Ancak, 4054 sayılı Kanun uygulamalarının çok yeni olmasından dolayı diğer bazı konularda olduğu gibi, bu konuda da henüz içtihat yaratacak nitelikte ne Rekabet Kurulu ne de Danıştay tarafından verilmiş herhangi bir karar bulunmamaktadır.

Ancak; ilgili mevzuatımıza kaynak teşkil eden AB Rekabet Mevzuatı'nda yer alan 4064/89 sayılı Birleşme Tüzüğü kapsamında,

⁵ 4054 sayılı Kanun'un 11'inci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi uyarınca, bildirilmesi zorunlu olan birleşme ve devralmaların Kurul'a bildirilmemiş olduğu hallerde, Kurul, herhangi bir şekilde işlemden haberdar olduğu zaman kendiliğinden birleşme veya devralmayı incelemeye almakta, inceleme sonucunda, para cezası ile birlikte, birleşme veya devralma işleminin sona erdirilmesine; hukuka aykırı olarak gerçekleştirilmiş olan tüm fiili durumların ortadan kaldırılmasına; şartları ve süresi Kurul tarafından belirlenecek şekilde ele geçirilen her türlü payın veya mal varlığının eğer mümkünse eski maliklerine iadesine, bu mümkün olmadığı takdirde üçüncü kişilere temlikine ve devrine; bunların eski malik veya üçüncü kişilere temlik edilmesine kadar geçen sürede devralan kişilerin devralınan teşebbüslerin yönetimine hiçbir şekilde katılamayacağına ve gerekli gördüğü diğer tedbirlerin alınmasına karar verebilmektedir.

Aerospatiale-Alenia/de Havilland davasında⁶ Komisyon tarafından, geçici bir süre için var olduğu düşünölen hakim durumun, rekabeti önemli ölçüde azaltmayabileceği belirtilmiştir. Bu itibarla, daha kapsamlı ve sağlıklı olması için hakim durum analizlerinde bu oluşumların rekabet üzerindeki etkilerinin de ayrıca incelenmesi yerinde olacaktır.

Yukarıdaki ifadelere göre teşebbüslerin hakim duruma gelmelerinin rekabet hukukunda mutlak anlamda yasak olduğunu söylemek doğru bir yaklaşım olmayacaktır. Teşebbüsler kendi içsel dinamikleriyle (çok verimli çalışma, ileri teknolojiler geliştirme, yepyeni ürünler ve pazarlar yaratma vs.) yüksek pazar paylarına sahip olabilir, hakim duruma gelebilir ve hatta tekel bile olabilirler. Bu çerçevede, anılan Kanun'un 6 ncı maddesi ile hakim durumda olmak değil, hakim durumun çeşitli yollarla kötüye kullanılması yasaklanmaktadır.

⁶ IV/M.53 (1991). Bu davaya ilişkin kararda özetle, "Genel olarak, hakim durum yaratılmasına neden olan bir yoğunlaşma, Birleşme Tüzüğü'nün 2(2). maddesi anlamında, bu hakim durumun sadece geçici olduğuna ve olası güçlü pazar girişleri ile kısa sürede zayıflatılacağına dair kuvvetli kanıtların olması durumunda, ortak pazarla bağdaşabilir bir vaziyette olabilir. Bu pazar girişleri ile hakim durumun, anılan Tüzüğün 2(3). maddesi anlamında, ilgili pazardaki rekabeti önemli ölçüde azaltması söz konusu olmayabilir." denilmektedir.

BÖLÜM 3

HAKİM DURUM

4054 sayılı Kanun'un 7'nci maddesiyle, rekabeti önemli ölçüde azaltacak şekilde hakim durum yaratan ya da var olan bir hakim durumu güçlendiren yoğunlaşmalar yasaklanmaktadır.

“Hakim durum”un ne olduğu ise, aynı Kanun’un 3 üncü maddesinde, *“Belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücü”* şeklinde tanımlanmaktadır. Bir başka deyişle hakim durum, pazardaki diğer aktörlerin davranışlarını dikkate alma gereksinimini ortadan kaldıracak ölçüde bir ekonomik büyüklüğe sahip olmak şeklinde ifade edilebilir. Genel bir anlatımla “pazar gücü” olarak da tanımlanabilecek hakim durumun belirlenmesinde mutlak ölçütler bulunmamakta, her olay kendi özellikleri içerisinde değerlendirilmektedir. Bu analizlerde, pazar payları toplamından pazara giriş engellerine, ilgili ürünün talep esnekliğinden pazarın büyüme potansiyeline kadar pek çok unsur göz önüne alınmaktadır.

Yukarıda da ifade edildiği gibi; anılan Kanun’da yapılan hakim durum tanımında, rakiplerden ve müşterilerden bağımsız olarak, fiyat, arz, üretim ve dağıtım gibi parametreleri belirleyebilme gücünden söz edilmektedir. Bu tanımdan da çıkarılacağı üzere, hakim durumun varlığının en büyük göstergesi, fiyatlarla oynayabilme yeteneğidir (Arzın ya da üretimin yahut dağıtımın kısılması neticesinde fiyatların yükselmesi). Tam rekabetçi pazar teorisinde fiyat, firma için veri durumundadır. Dolayısıyla bu tür pazarlarda faaliyet gösteren bir teşebbüsün fiyatları manupüle etme gücü bulunmamaktadır. Teorik olarak, fiyatını pazar fiyatının üzerine çıkaran teşebbüs tüm satışlarını diğer teşebbüslere kaptırır. Öte yandan, fiyatların düşürülmesi rasyonel değildir, çünkü teşebbüsler zaten ancak maliyetlerini karşılayan fiyat seviyesinden satış yapmaktadır ve bu fiyattan sunumu yapılan her ürün satılabilmektedir. O halde, hakim durumdan söz etmek için, tam rekabetçi piyasa yapılarından uzaklaşarak, skalanın diğer ucuna, yani teknelci yapılara yaklaşmak gerekecektir. Ancak son

dönemlerde geliştirilen pazar yapıları-teşebbüs davranışları teorileri ışığında, pazar yapısıyla hakim durum arasında mutlak doğrusal bir ilişkinin varlığından söz etmek de pek mümkün görünmemektedir.

Öte yandan Kanun'daki hakim durum tanımında, fiyatlarla birlikte diğer ekonomik parametreler kapsamında fiyatla doğrudan ilintili diğer göstergelerin (arz, dağıtım, üretim) yanı sıra, pratikte bir ölçüde fiyatın ta kendisi anlamına da gelebilen, vade, satış koşulları, iskonto oranları gibi unsurların da tanımın kapsamına alınmasının yararlı olacağı düşünülmektedir. Ancak burada doğal olarak esas olan, gerçek anlamda fiyatları tespit edebilme gücüdür.

Fiyatları tespit edebilme gücü, antitröst literatüründe, "pazar gücü" olarak da ifade edilebilmektedir. Bu bağlamda Bishop ve Walker (1999, 27) tarafından pazar gücü: "bir ya da bir grup firmanın arzın kısılması yoluyla, fiyatları rekabetçi koşullardaki fiyatların üzerine kârlı bir şekilde çıkarabilme yeteneği" şeklinde tanımlanmaktadır.

Yoğunlaşmaların değerlendirmesinde de temel teşkil edebilecek bu tanımda, hakim durumun kötüye kullanılması kapsamında bir hakim durumun varlığının tespitindekinden farklı olarak etkin rekabet koşullarındaki fiyatların değil, o dönemdeki geçerli fiyatların baz alınması gerekmektedir. Yine Bishop ve Walker (1999, 27)'a göre bunun nedeni; halihazırda pazar gücünü kullanan bir teşebbüsün zaten fiyatlarını etkin rekabetin olduğu fiyat seviyelerinin üzerinde belirlemiş olduğu gerçeğidir. Bu itibarla kârını maksimize etmekte olan bir teşebbüse sorulacak; "Arzı kısırarak fiyatlarını kârlı bir biçimde yükseltebilir mi?" sorusu her zaman olumsuz olarak cevaplanacaktır. Çünkü bunu yapmak kârlı ise ve yapabilme koşulları varsa teşebbüs fiyatlarını zaten yükseltmiştir. Bu durum literatüre ABD'deki bir dava ile "cellophane fallacy" olarak geçmiştir.

Burada belirtilmesi gereken bir nokta da; hakim durum ile tekel kavramlarının farklılığıdır. Konuyla ilgili aksi yorumlar (Öz 2000, 105; Gül 2000, 9) bulunsa da, pazarda tekel olmanın her zaman hakim durumda olmak anlamına gelmeyeceği düşünülmektedir. Hakim durumdaki teşebbüs rekabet baskısından uzaktır. Bu itibarla anılan teşebbüsler, etkin rekabet şartlarının bulunduğu piyasalarda faaliyet gösteren teşebbüslerin yapmak lüksüne ve yeteneğine sahip olmadığı (maliyet şişkinliği, verimsiz yönetim, arzın sınırlanması, fiyatların yükseltilmesi, teknik yenilemede özensizlik, vs.) pek çok davranışı yapabilmektedir. Öte yandan tekel olmak, ilgili pazarda tek sağlayıcı olmak anlamında mutlak bir gücü ve hakim durumda olmayı çağırırsa da, özellikle pazara giriş engellerinin bulunmadığı ya da çok düşük olduğu durumlarda, potansiyel rekabet baskısı tekelin, pazarda etkin rekabet varmış gibi faaliyet göstermesine yol açabilmektedir. Bu tür pazar yapılarında, tekelin tekel gibi davranması ve özellikle tekeli fiyatlamaya giderek sunumunu yaptığı

ürünlerin fiyatlarını marjinal maliyetlerden çok yüksek seviyelere götürmesinin mümkün olmadığı düşünülmektedir.

Avrupa Toplulukları Kurucu Roma Antlaşması'nın 82'nci (eski 86) maddesinde hakim durumun kötüye kullanılması yasaklanmış olmakla beraber, burada bir hakim durum tanımı yapılmamıştır. Bu konuya ilişkin ilk tanımlama, 82'nci maddenin yoğunlaşmalara uygulandığı ilk dava olan *Continental Can*⁷ davasında, Adalet Divanı tarafından yapılmıştır. Söz konusu kararda hakim durum kavramı için, "*Bir işletmenin hakim durumda olması, bu işletmenin, rakiplerini, müşterilerini ve kendisine mal temin eden diğer satıcıları göz önüne almaksızın, bunlardan tamamen bağımsız hareket edebilmesini ifade etmektedir. Bu durum, bir işletmenin pazar payı veya pazar payı ile birlikte sahip olduğu teknik bilgi, hammadde ya da sermaye nedeniyle söz konusu ürünün büyük bir kısmı açısından, pazarda fiyatı veya üretimi ya da dağıtımını kontrol etmesi halinde ortaya çıkmaktadır. Bir işletme açısından böyle bir pazar gücünden söz edilebilmesi için, bu işletmenin pazardaki diğer işletmelerin varlığına tamamen son verebilmesini sağlayacak, mutlak bir hakimiyet sağlaması gerekmez. Farklı pazarlarda, bu gücün derecesi farklı olsa bile, söz konusu işletme ya da işletmelere, davranışlarında bağımsız davranma serbestisini sağlaması yeterlidir.*" ifadeleri kullanılmaktadır (Öz 2000, 91)

Hakim duruma ilişkin bugünkü kullanıma ve 4054 sayılı Kanun'daki tanıma kaynak teşkil eden ifadeler ise *United Brands*⁸ davasında kullanılmıştır. Söz konusu davada Adalet Divanı anılan kavramı, "*Bir teşebbüsün, rakiplerinden, alıcılarından ve tüketicilerden bağımsız hareket ederek ilgili pazarlardaki etkin rekabeti önleyebilme gücüne sahip olma...*" şeklinde tanımlamaktadır.

Bu ifadelerde özel olarak değinilmesi gereken bir husus, herhangi bir pazarda hakim durumda bulunulmasının o pazardaki rekabeti tamamen elimine etmeyebileceği konusudur. Hakim durumdaki bir teşebbüsün faaliyet gösterdiği pazarda, "canlı bir rekabet" in (a very lively competitive struggle) bulunabileceği *United Brands* kararında yer almaktadır.

3.1. BİRLİKTE HAKİMLİK

Kanun'un 3'üncü maddesindeki tanımlarda, "birlikte hakimlik" kavramına da işaret edilerek, oligopol yapıdaki pazarların daha kolay denetim altında tutulabilmesi öngörülmüştür. Ancak bu yaklaşım, daha çok 6'ncı madde anlamında bir yapılanmaya işaret eder niteliktedir. Ne birleşme ve devralmaların

⁷ Europemballage Corporation and Continental Can Co. Inc. v. Commission, [1972], ECR 215.

⁸ United Brands v. Commission, [1978], ECR 207.

kontrolüne ilişkin 7'nci maddede, ne de 1997/1 sayılı Tebliğ'de, birlikte hakimlik kavramına ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak; rekabet kanunlarıyla yoğunlaşmaların kontrolü amacı göz önüne alındığında, pazar yapılarında meydana gelecek değişimle tek başına hakim duruma gelinmesiyle benzer sonuçlar doğurabilecek oligopolistik oluşumların önüne geçilmesinin de, en az bu ilk durum kadar önemli olduğu görülmektedir. Tek başına hakim duruma gelinmesiyle, ileride ayrıntılı bir biçimde değinileceği üzere, özellikle kârlı bir şekilde fiyatların yükseltilmesi sonucunu doğuracak pazar davranışlarının önceden önlenmesi amaçlanmaktadır. 7'nci madde anlamında "birlikte hakimlik" kavramında ise, birleşme ve devralmalar sonucunda pazar yapısı, pazardaki teşebbüslerin anlaşma ya da uyumlu eylem yoluyla özellikle fiyatlar üzerinde oynama yetisini kazanmasına olanak sağlar hale gelmektedir. Bu kapsamda uygun hale gelen pazar koşulları (yakın pazar payları, benzer maliyet yapıları, şeffaflık, homojene yakın ürün, vs.) birden fazla teşebbüsün birlikte pazar gücünü kullanmasına izin verebilmektedir.

Öte yandan, büyük kısmı çevrilerek Türk Rekabet Hukuku'na alınan AB Rekabet Mevzuatı'nda, birlikte hakimlik kavramının, Birleşme Tüzüğü kapsamında da uygulandığı görülmüştür. Tüzüğün yürürlüğe girdiği ilk yıl, Komisyon yüksek yoğunlaşma oranlarına yol açan, fakat tam anlamıyla tek başına hakim durum yaratmayan ancak, pazar yapısı açık veya kapalı koordinasyon riskini artıran birleşmelerin kontrolünde gerçekten etkisiz kalmıştır. Bu dar çerçeveli yaklaşımın özellikle oligopolistik pazarlarda belli noktaların kontrolünde zayıf kaldığı açıktır. Bu ilk yıldan sonra, Komisyon'un bu kör noktaları gidermesi gerekliliği için bazı işaretler hasıl olmuştur. Bu sorun ise, Birleşme Tüzüğü'nün 2(3). maddesindeki hakim durum kavramının, birlikte hakimliği de kapsayacak şekilde yorumlanmasıyla aşılmıştır. Söz konusu yorumu içeren ilk birleşme kararı, *Alcatel/AEG Kabel*⁹ davasında verilmiş ancak bu birleşme onaylanmıştır. Birlikte hakimlik kavramına dayanılarak, bir birleşmenin ortak pazarla bağdaşmazlığına ilişkin ilk karar ise, *Nestlé/Perrier*¹⁰ davasında alınmıştır (Ridyad 1994, 255-262).

3.2. 4'üncü ve 6'ncı MADDELERDE HAKİM DURUM

4054 sayılı Kanun'da bir tane hakim durum tanımı olmakla birlikte, özellikleri itibarıyla 6 ncı ve 7 nci maddeler kapsamında yapılan değerlendirmelerde bazı farklılıklar bulunmaktadır. Şöyle ki; 6 ncı maddede belirtildiği şekliyle hakim durumun kötüye kullanılması bağlamında öncelikle statik olarak bir hakim durumun varlığı tespit edilmelidir. Bu değerlendirme,

⁹ Alcatel/AEG Kabel (IV/M.165), 18 Aralık 1991.

¹⁰ Nestlé/Perrier (IV/M.190), 22 Temmuz 1992.

mevcut olan koşullara bakılarak yapılmakta ve geleceğe ilişkin herhangi bir projeksiyon içermemektedir. Öte yandan, bu kapsamda yapılan değerlendirmelerle teşebbüslerin pazar davranışlarının kontrol altında tutulması amaçlanmaktadır, başka bir ifadeyle Kanun'un 6'ncı maddesi ile bir teşebbüsün hakim durumda bulunması yasaklanmamakta, ancak belli anti-rekabetçi uygulamaların hakim durumdaki teşebbüsler tarafından yapılması hukuka aykırı bulunmaktadır.

Yoğunlaşmaların denetimi ise, pazar yapısının kontrolünü amaçlamakta ve teşebbüslerin birleşme ve devralmalar yoluyla pazarda rekabeti önemli ölçüde azaltacak şekilde hakim durum yaratılmasının ya da var olan bir hakim durumun güçlendirilmesinin önüne geçilmek istenmektedir.

Bu bağlamda, 7'nci maddeye göre yapılacak bir analizde iki bölüm bulunmalıdır. Bunların ilki, geleceğe yönelik öngörüler üzerine oturtulan "bir hakim durum yaratılması", diğeri ise "var olan bir hakim durumun güçlendirilmesi" olgularıdır. İkinci olgunun ilk basamağı 6 ncı maddede yapılan analizlerin aynısı olarak, var olan koşullarda bir hakim durumun tespitini kapsamaktadır. Bir hakim durum tespit edildikten sonra birleşme ve devralma işlemiyle bu gücün pekiştirilme derecesi incelenmektedir. Hakim durumdaki teşebbüsün, zaten rekabet hukukunca sıcak bakılmayan pazar gücüne, birleşme ve devralma ile yapılacak katkının boyutları çok geniş bir ölçekte olabilir. Örneğin, hakim durumdaki bir kâğıt üreticisinin pazardaki diğer bir kâğıt üreticisini devralmasıyla, tamamen farklı bir pazarda faaliyet gösteren bir ciklet üreticisini devralması arasında, rekabetin azalması anlamında çok büyük farklar bulunabilmektedir. Sanlı (2000, 346)'nın bu konudaki görüşü: "özellikle hakim durumun güçlendirilmesi bakımından, somut olayda rekabetin önemli ölçüde azalıp azalmadığının ayrıca belirlenmesi ve değerlendirmenin bu husus dikkate alınarak yapılması gerekmektedir" şeklinde dir.

BÖLÜM 4

YATAY YOĞUNLAŞMALARDA TEK TEŞEBBÜS HAKİMİYETİ

Yoğunlaşmaların anti-rekabetçi etkileri, tek taraflı (unilateral) ve/veya birlikte-işbirliği sağlayıcı (co-ordinated) olarak ortaya çıkabilmektedir. Bu çalışmanın ana konusunu oluşturan anılan tek taraflı etki, genellikle yatay yoğunlaşmalar için kullanılmakta¹¹ ve pazardaki rakip sayısında azalmaya yol açan ve konsantrasyon oranlarını artıran sonuçları itibarıyla, taraf teşebbüslerin yeni oluşum ile arzı kısırarak fiyatları yükseltebilme gücüne ulaşmasını ifade etmektedir. Bir başka deyişle, yoğunlaşma sonrasında söz konusu teşebbüs, fiyatlarını yoğunlaşma öncesine göre artırabilme imkanına sahip oluyorsa bu durumda tek teşebbüs hakimiyetinden (single firm dominance) ya da tek taraflı etkiden (unilateral effect) söz edilmektedir. Fiyatları artırabilme konusu, yoğunlaşmaların rekabetçi yapıya olan en önemli olumsuz etkisi olmakla birlikte, AB Komisyonu bundan da ileri giderek, yoğunlaşma sonrası teşebbüslerin pazara girişleri kontrol edici-engelleyici olma özelliğine (gate-keeper role) sahip olup olmadıklarına da bakmaktadır.¹² Bu durum sadece tekel kârı elde etme olasılığıyla değil, zaman içerisinde tüketici seçimlerindeki azalmayla da ilgilidir. Ayrıca; tüketicilere uzun dönemde zarar verecek teknik gelişmelerin (innovation) kısıtlanması da Komisyon'un konuyla ilgili önem verdiği hususlardandır (Monti 2000, 2).

Tek taraflı etki, iki yakın rakip ürünün aynı ortak mülkiyet altına alınmasından kaynaklanmaktadır (Hoehn, Langenfeld, Meschi ve Waverman 1999, 6). Bu durumun diğer rakiplerin davranış kalıpları üzerine herhangi bir etkisi bulunmamaktadır.

¹¹ Tek teşebbüs hakimiyeti bazı durumlarda dikey yoğunlaşmalarda da ortaya çıkabilmektedir.

¹² *The Coca-Cola Company/Carlsberg*, IV/M833 (1997) [1998] OJ L145/41.

MSG Media Service, IV/M469 [1994] OJ L364/1.

Nordic Satellite Distribution IV/M490 (1995) [1996] OJ L53/20.

Genel bir anlatımla teşebbüsler, sunumunu yaptıkları ürünleri daha yüksek fiyatlardan satma ve daha çok kâr etme güdüsüyle faaliyet gösterirler. Ama diğer taraftan da alıcılar, böyle bir durumda başka alternatiflere yönelme eğilimi göstermektedir. Söz konusu durumun şiddeti göreceli olmakla birlikte, sistem genel olarak bu şekilde işlemektedir. Herhangi bir yoğunlaşma sonrasında yeni teşebbüsün tek yanlı olarak hakim duruma gelmesi, daha önce de ifade edildiği gibi, bir anlamda ürünlerin fiyatını kârlı bir biçimde yükseltebilme gücüne sahip olmasından kaynaklanmaktadır. Doğaldır ki; fiyatların yükseltilmesi ancak satışlardan belli bir oranda feragat edilmesiyle mümkün olabilmektedir. Bu da, teorik anlamda ürünün talep esnekliğiyle ilgili bir konudur.

Tek taraflı etkinin şiddeti, yoğunlaşmaya taraf olan teşebbüslerin ürünlerinin birbirleriyle olan yakınlık derecesiyle ilgilidir. Farklılaştırılmış ürünlerin olduğu bir pazarda (marka, imaj, ürünün fiziksel özellikleri, vs.) fiyatların belli seviyelerin üzerine çıkarılması tüm müşterilerin kaybedilmesi anlamına gelmemektedir. Özellikle bu tür pazarlarda, birbirine çok yakın ikame ürün sunan teşebbüslerin biraraya gelmeleri, tek taraflı etkinin şiddetini de artırmaktadır. Yoğunlaşma işlemi öncesinde birbirinin yakın ikamesi olması bağlamında alternatifleri olan alıcılar, yoğunlaşma işlemi sonrasında bu alternatiflerin sayısında azalma yaşayacaktır. Bu konuya ilişkin olarak örneğin, her biri 100 birim satış yapan A, B, C ve D firmalarından oluşan bir pazarda; A fiyatını % 5 artırırsa, satışları % 20 oranında azalmaktadır ki; bu işlem kârlı bir hal almaktan çıkmaktadır. Öte yandan A'nın azalan satışları diğer firmaların satışlarına eklenmektedir. Bu itibarla, böyle bir durumda dört firmaya ilişkin satışlar şu şekilde olmaktadır.

Firma	Şimdiki Fiyatlardan Artırımı	A'nın % 5 Fiyat Sonrası Satışlar
A	100	80
B	100	115
C	100	103
D	100	102
AB	200	195

Tablodan da görülmektedir ki; A'nın azalan 20 birimlik satışlarından en büyük payı 15 birim ile B firması almaktadır. Böyle bir ortamda A ve B'nin birleşmesi, satışlarda sadece 5 birimlik bir kayba neden olarak, kârlı bir işlem halini alabilecektir.

Yukarıda da kavramsal boyutta söylendiği üzere, tek yanlı etkinin şiddetini artıran faktörlerin başında yoğunlaşmaya taraf olan teşebbüslerin ürünlerinin birbirine olan yakınlığı gelmektedir. Bu bağlamda, rakip teşebbüslerin ürünlerinin yoğunlaşmaya taraf olanlarınkine yakınlık derecesi de önemli bir faktör olarak karşımıza çıkmaktadır (Bishop ve Walker 1999, 147). Bununla birlikte, böyle bir birleşme sonrasında birleşen teşebbüslerin fiyatını artırması, uzun dönemde, rakip teşebbüslerin de fiyatlarını artırması sonucunu doğurabilecektir.

Öte yandan, ürünün tamamen homojen olduğu durumlarda da, tek yanlı etkinin şiddetinin büyük olması mümkündür. Şöyle ki; yoğunlaşmaya taraf olan teşebbüsler dışındaki teşebbüslerin üretim kapasiteleri düşükse; yoğunlaşmanın fiyatlar üzerindeki etkisi de tek yanlı olarak büyük olabilir. Çünkü belli bir talebi olan alıcıların, ürünü diğer üreticilerden tedarik etme olanağı azalmaktadır.

Önceki bölümlerde de belirtildiği üzere, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 7'nci maddesinde ve 1997/1 sayılı Tebliğ'de tanımlanan hususlar tek teşebbüs hakimiyetine ilişkindir. Öte yandan, AB Mevzuatı'nda da (4064/89 sayılı Tüzük) birlikte hakimlik durumlarının kontrolüne ilişkin açık hükümler bulunmamaktadır. Ancak uygulamada, özellikle oligopol yapıdaki pazarlarda meydana gelen birleşme ve devralmaların, pazar yapısında meydana getirdiği değişikliklerin teşebbüsler açısından açık veya kapalı işbirliği sağlayıcı (tacit collusion-explicit collusion) davranışlara uygun zemin hazırlayabildiği görülmüş ve bu durumun önüne geçilebilmesi amacıyla mevcut hükümler daha geniş yorumlanarak "birlikte hakimlik" durumlarına ilişkin oluşumların da kontrol altına alınması sağlanmıştır.

4054 sayılı Kanun'un uygulayıcı organı olan Rekabet Kurumu'nun faaliyete geçtiği 5 Kasım 1997 tarihinden bu yana,¹³ Kurum'a 15'i özelleştirme kapsamında olmak üzere toplam 261 adet birleşme ve devralma başvurusu yapılmıştır. Özelleştirme haricinde yapılan 246 başvurunun 236 adeti karara bağlanmış olup 10 tanesinin incelemesi devam etmektedir. Karara bağlanan 236 başvurunun, 118'i Kanun kapsamı dışında bulunmuş, 116'sına izin verilmiş, 2 tanesine ise izin verilmemiştir.¹⁴ Özelleştirme kapsamında yapılan başvurular

¹³ 31.12.2000 tarihi itibarıyla.

¹⁴ Türkiye LPG (Likit Petrol Gazı) pazarında faaliyet gösteren 39 şirketin birleşerek, taraflar arasında akdedilecek pay sahipleri sözleşmesi çerçevesinde LPG tedarik pazarında faaliyet gösterecek olan "LPG Temin Dağıtım San. ve Tic. A.Ş." ünvanlı bir ortak girişim şirketi kurulmasına dair başvuru, 4054 sayılı Kanun'un 7'nci maddesi bağlamında bir yoğunlaşma olarak değil, aynı Kanun'un 4'üncü maddesi kapsamında bir anlaşma olarak değerlendirilmiştir. Bu çerçevede yapılan muafiyet/menfi tespit incelemeleri neticesinde Kurul; 27.05.1999 tarih ve 99-26/230-138 sayılı kararı ile, söz konusu anlaşmaya; maddelerinin Kanun'un 4'üncü maddesi bağlamında rekabeti sınırlayıcı hükümler içermesi dolayısıyla menfi tespit belgesi verilemeyeceğine, öte yandan muafiyet koşullarının da taşınmaması dolayısıyla muafiyet de tanınmayacağı sonucuna ulaşmıştır. Öte yandan, Denizli Çimento T.A.Ş., Çimentaş İzmir

içerisinde ise sadece *İGSAŞ/Toros Gübre*¹⁵ davasındaki devir işlemi rekabete aykırı bulunarak yasaklanmıştır.

4.1. TEK TEŞEBBÜS HAKİMİYETİNİN BELİRLENMESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ GEREKEN UNSURLAR

Ne Kanun'un ilgili maddelerinde ne de ikincil mevzuatımızda hakim durumun belirlenmesine ilişkin mutlak ölçütler (pazar payı, ciro, vs.) bulunmamaktadır. Bununla birlikte, 1997/1 sayılı "Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ" in 6'ncı maddesinde, Kanun'un 7'nci maddesi kapsamında bir değerlendirme yapılırken özellikle hangi hususların dikkate alınması gerektiği belirtilmektedir. Buna göre söz konusu maddede;

"Bu değerlendirmelerde özellikle:

a) İlgili piyasanın yapısı ve ülke içinde veya dışında yerleşmiş olan teşebbüslerin fiili ve potansiyel rekabeti bakımından ülkedeki etkin rekabetin korunması ve geliştirilmesi ihtiyacı;

b) İlgili teşebbüslerin, pazardaki durumu, ekonomik ve mali güçleri, sağlayıcı ve kullanıcı bulabilme alternatifleri, arz kaynaklarına ulaşabilme veya pazarlara giriş olanakları; pazara girişte herhangi bir yasal veya diğer giriş engelleri, ilgili mal ve hizmetlere olan arz-talep eğilimleri, aracı ve son tüketicilerin menfaatleri, rekabet engeli şeklinde olmayan ve tüketiciye avantajlar sağlayan teknik ve ekonomik süreçteki gelişmeler ve diğer hususlar göz önünde tutulur." şeklindeki ifadelerle, birleşme ve devralmalar bağlamında hakim durum analizlerinde dikkat edilmesi gereken noktalara işaret edilmektedir. Mutlak sınırlı örnekler olmamakla beraber, "hakim durum" kavramının, pazar payı (ilgili teşebbüslerin pazardaki durumu), pazar yapısı, pazara giriş engelleri ve ilgili ürünün arz-talep yapısı gibi, mikro iktisat teorilerinde ilk anda çağrıştırdığı unsurlar, bu hüküm ile yapılacak değerlendirmenin kapsamına alınmıştır. Özellikle akademik iktisat literatüründe, hakim durum değerlendirmeleri için pazar gücünün ölçümüne yönelik kantitatif metodların (artık talep elastikiyeti, vs.) kullanılması öngörülmüş olmakla birlikte (Faull ve Nikpay 1999, 243), ülkemizde istatistiki bilgilerin çok sınırlı ve çoğu zaman sağlıklı olması nedeniyle, şu an için bu tür analizlerin yapılması pek

Çimento Fabrikası Türk A.Ş., Batiçim Batı Anadolu Çimento San. ve Tic. A.Ş. ve Göltaş Göller Bölgesi Çimento San. ve Tic. A.Ş. arasında araştırma-geliştirme ve ihracat alanlarında faaliyet göstermek üzere kurulacak olan ortak girişim şirketine ilişkin başvuru da, Kurul'un 23.05.2000 tarih ve 00-19/188-100 sayılı kararı ile Kanun'un 4'üncü maddesi kapsamında değerlendirilmiş ve rekabeti sınırlayıcı etkileri dolayısıyla reddedilmiştir.

¹⁵ Karar Tarihi: 03.11.2000, Karar Sayısı: 00-43/464-254.

mümkün görünmemektedir. Dolayısıyla söz konusu değerlendirmelerin daha uzunca bir süre ağırlıklı olarak kalitatif unsurlar üzerinden yapılacağını ve bu itibarla önemli oranda bir subjektiviteyi içsel olarak barındıracağını söylemek yanlış olmayacaktır.

Almanya gibi bazı ülkelerde hakim durumla ilgili olarak belli pazar payı eşikleri belirtilmiş olmakla birlikte¹⁶, gerek ABD ve gerekse AB mevzuatlarında, 4054 sayılı Kanun'da olduğu gibi, hakim durum değerlendirmeleri için bir eşik getirilmemiştir. Her olay kendi özellikleri çerçevesinde ve pek çok unsur göz önüne alınarak değerlendirilmektedir.

AB bünyesinde, bu konuyla ilgili olarak gerek Komisyon gerekse Adalet Divanı kararlarında içtihatlaşan en önemli gösterge, teşebbüslerin "pazar payı" olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak, çok yönlü analizlerin yapılmasının gerektiği bu değerlendirmede, salt pazar payı çoğu zaman sağlıklı bir gösterge olmaktan uzaktır. Özellikle, teknolojik gelişmenin ön planda olduğu sektörlerde, pazar payları nispeten kısa sayılabilecek dönemlerde büyük değişiklikler gösterebilmektedir. Öte yandan, çok yüksek oranlı pazar payları dahi, piyasaya giriş engellerinin bulunmadığı ya da çok düşük olduğu durumlarda, potansiyel rekabetin disipline edici etkisi nedeniyle etkin rekabet koşulları altında faaliyeti zorunlu kılmakta ve bu itibarla pek bir anlam ifade etmeyebilmektedir.

Bu itibarla, ülkemiz uygulamalarıyla birlikte özellikle AB içtihatlarıyla desteklenen, yatay yoğunlaşmalarda hakim durum analizleri konulu çalışmanın bundan sonraki bölümlerinde, mutlak ve nispi pazar payları (mevcut rekabet), alıcıların gücü, potansiyel rekabet-pazara giriş engelleri, yoğunlaşmaya taraf teşebbüslerin özellikleri, batmakta olan firma savunması ve verimlilik düşünceleri olmak üzere toplam dört ana unsur üzerinde durulacaktır.

4.1.1. Pazar Payları

Doğaldır ki; hakim durum denilince akla gelen ilk kavram bir ekonomik güç, başka bir deyişle pazar gücü olmaktadır. Pazar gücünün en büyük göstergelerinden birisi ise, teşebbüslerin sahip olduğu pazar paylarıdır. Ancak, hakim durum kavramına, Kanun'daki tanımda belirtildiği üzere, piyasadaki diğer aktörlerin davranışlarını dikkate alma zorunluluğunda olmadan, özellikle fiyatları belirleyebilme gücü şeklinde bir anlam yüklendiğinde, yüksek pazar payları ile hakim durum arasında mutlak doğrusal gibi görünen ilişkinin, esasında görüldüğü gibi olmayabileceği sonucu çıkmaktadır.

Ancak yine de, yaygın olarak kabul edilen görüş, yüksek pazar payının hakim durumun en büyük göstergesi olduğudur. Ters durumlar için ise daha

¹⁶ Alman Rekabet Kanunu'nda hakim durumun varlığı için % 33'lük bir pazar payı öngörülmektedir. Bkz. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Bölüm 19(3).

kuvvetli bir görüş birliği mevcuttur. Yani, çok düşük pazar paylarına sahip teŖebbüslerin hakim durumda olamayacağı kabul edilmektedir. Ülkemiz mevzuatında, bu limit 1997/1 sayılı Tebliğ ile % 25 olarak belirlenmiŖtir. BirleŖme ve devralmaların Rekabet Kurulu'na bildirim zorunluluğu için sınır kabul edilen bu oranın altındaki yođunlaŖmaların *per se* hakim durum yaratmayacağı ve rekabetin önemli ölçüde azaltılmasına yol açmayacağı varsayılmaktadır. Öte yandan, yukarıda da ifade edildiği üzere, mevzuatımızda yođunlaŖmaları doğrudan hakim durum konumuna sokabilecek pazar payı eŖikleri bulunmamakta, her olay kendi özellikleri çerçevesinde değerlendirilmektedir. Kaldı ki; Kurul'un bugüne kadar karara bağladığı birleŖme ve devralma işlemleri içerisinde hakim durum yarattığı veya var olan bir hakim durumu güçlendirdiği için yasaklanan sadece bir dava bulunmaktadır.¹⁷ Bu bağlamda, İstanbul Gübre Sanayii A.Ŗ.'nin (İGSAŖ) sermayesinde bulunan Türkiye Petrolleri A.O. ve Boru Hatları ile TaŖıma A.Ŗ.'ye ait olan hisselerin (İGSAŖ sermayesinin % 99.98'i), Toros Gübre ve Kimya Endüstrisi A.Ŗ. tarafından devralınma işlemi, ilgili ürün pazarlarından azotlu gübre pazarında Toros Gübre'nin, devralma ile; satıŖ, üretim, kurulu kapasite ve ithalat yönüyle pazar lideri konumuna geçecek olması, toplam azotlu gübreler satıŖı içinde payı artmakta olan AN (% 33 N) ve üre (% 46 N) gübrelerinin önemli bir kısmının satıŖını gerçekleŖtirecek olmasına bağlı olarak, pazardaki ağırlığını daha da artırma olanağına kavuŖacak olması, bayi ağının geniŖlemesi ve yeni iskele, depo kullanımı olanaklarını edinmesiyle rakiplerinin pazarda tutunmasının güçleŖecek olması ve giriŖ engellerinin yüksek olduğu pazarın oligopolistik yapısının ciddi ölçüde güçleneceği ve böylece pazara giriŖlerin daha da zorlaŖacak olması nedenleriyle hakim duruma geçeceği ve bu itibarla söz konusu işleme izin verilmemesi gerektiği sonucuna ulaŖılmıŖtır. Değerlendirme işlemine pazar payı açısından bakıldığında, hakim durum

¹⁷ *Trakmak/New Holland* davasında (Karar Tarihi: 28.05.1998, Karar Sayısı: 67/517-84) Rekabet Kurulu, New Holland N.V.'nin Trakmak Traktör ve Ziraat Makinaları Ticaret A.Ŗ.'nin Koç Grubu'na ait % 37,5 oranındaki hissesini devralmasına iliŖkin işlemini, ilgili ürün pazarlarından traktör ve diğer tarım araç ve gereçleri pazarları için, 4054 sayılı Kanun'un 7'nci maddesi kapsamında bir hakim durum yaratılmasının veya var olan hakim durumun güçlendirilmesinin, böylece rekabetin önemli ölçüde azaltılmasının söz konusu olmadığı; ancak biçerdöver piyasası bakımından, söz konusu işlemin mevcut haliyle gerçekleŖmesi durumunda, devralmanın, sağlayıcı seviyesinde rekabeti önemli ölçüde azaltacak Ŗekilde hakim durumu güçlendirici ve dağıtıcı seviyesinde ise hakim durum yaratıcı bir işlem olacağı sonucuna ulaŖılmıŖtır. Ancak anılan devralmaya, piyasadaki rekabet ortamına yönelik bu olumsuz sonuçların önlenmesi amacıyla, Trakmak Traktör ve Ziraat Makinaları Ticaret A.Ŗ. dışında aynı ve makul koŖulları yerine getiren diğer teŖebbüslere de talep edilmesi halinde eŖit davranılarak distribütörlük tesis edilmesi koŖuluyla izin verilmiŖtir.

yaratılması söz konusu olan azotlu gübre pazarında tarafların toplam paylarının (BBD-Bitki Besin Değeri bakımından) % 46,22 olduğu görülmektedir.¹⁸

Pazar payları bilgisi Rekabet Kurulu kararlarında (birkaç örnek hariç) yer almaktadır. Bu itibarla Türk Rekabet Kurulu'nun, AB uygulamalarında olduğu gibi, pazar oranlarıyla ilgili yaklaşımını tam olarak öğrenerek belli çıkarımlara gitmek de mümkün olmamaktadır. Ancak *Cisco/IBM*¹⁹ davasında Kurul, Cisco Systems Inc.'in IBM Co.'ya ait bazı veri ağı ürünlerine ilişkin fikri mülkiyet haklarını satın alarak, router pazarında sahip olacağı % 70.5'lik payı, ileride ayrıntılı olarak değinileceği üzere, pazarın hızlı büyüyen bir yapıda olması (yıllık % 30-40) ve pazara giriş-çıkış engellerinin bulunmaması gibi nedenlerle, hakim durum yaratıcı ya da var olan bir hakim durumu güçlendirici olarak nitelendirmemiş ve işleme izin vermiştir. Bu bağlamda yine de Kurul'un, *Cisco/IBM* davasında % 70.5'lik bir yoğunlaşmaya koşulsuz bir biçimde izin verirken, *İGSAŞ/Toros Gübre* davasında yaklaşık % 46'lık bir yoğunlaşmayı yasaklaması, pazar payı göstergesi dışındaki öğelerin ne kadar önemli olduğu hususunu açıkça göstermektedir.

Pazar paylarıyla ilgili söylenebilecek bir başka konu da, olayın zaman boyutuyla ilgilidir. Bir yoğunlaşma işlemi değerlendirilirken tarafların pazar paylarının zaman içerisindeki değişimine dikkat edilmektedir. Uzun yıllar boyunca korunmuş yüksek pazar payları hakim durumun varlığı için destekleyici bir unsur olarak kabul edilebilmektedir. Öte yandan, pazara yeni giriş yapan ve belli pazar büyüklüğüne ulaşan teşebbüslerin varlığı, hakim durum argümanı için zayıflatıcı bir husus olarak değerlendirilmektedir.

Anılan konuda dikkat edilmesi gereken noktalardan bir diğeri de, yoğunlaşma ile pazar payında meydana gelen artıştır ve söz konusu unsur pazar yapısının ne şekile geleceğini göstermesi bakımından önemli kabul edilmektedir. Bu çerçevede, "var olan bir hakim durumun rekabeti önemli ölçüde azaltacak şekilde güçlendirilmesi" anlamında, pazar payındaki çok küçük oranlı artışlar (yüksek pazar payına sahip bir firmanın pazardaki küçük oyuncuların birisini devralması) bile 7'nci madde kapsamında yasaklanabilir nitelikte olabilmektedir.

4.1.1.1. AB Uygulamalarında Tarafların Pazar Payının Önemi

Tarafların pazar payı, hakim durum analizlerinde Komisyon tarafından bakılan ilk ve en önemli unsurlardan birisidir. Genel olarak, yüksek pazar payının varlığı hakim durumun göstergesi sayılmaktadır. Bu itibarla pek çok

¹⁸ Bu oran 1998 yılı için % 48.76 ve 1997 yılı için % 47.75 olarak gerçekleşmiştir. Söz konusu pazar paylarının satış değerleri cinsinden karşılığı da BBD cinsi değerlerine benzer bir tablo yaratmaktadır. Bu oranlar ise, 1997-1999 yıllarında sırasıyla % 42.64, % 44.17 ve % 43,51 seviyelerinde gerçekleşmiştir.

¹⁹ Karar Tarihi: 02.05.2000, Karar Sayısı: 00-16/160-82.

Komisyon kararında, “yüksek pazar paylarının hakim durumun en büyük göstergesi sayılabileceği” şeklinde ifadeler yer almaktadır.²⁰ Ama doğal olarak, yüksek pazar payıyla hakim durum arasındaki ilişkiyi mutlak doğrusal bir anlama indirgemek mümkün değildir. Çok yüksek pazar payına ulaşan yoğunlaşmaların hakim durum yaratmadığı ya da nispeten düşük pazar paylarının hakim duruma yol açtığı yönünde kararlar bulunmaktadır. Bunun nedeni, hakim durum değerlendirmesinde dikkate alınması gereken çok fazla değişken olmasından kaynaklanmaktadır ve bu bağlamda salt pazar payı büyüklükleri, ilgili teşebbüsün gerçek pazar gücü hakkında sağlıklı bilgiler sağlamayabilmektedir. Bu durumda, ileride değinileceği üzere, pazardaki diğer teşebbüslerin payları, pazara giriş engelleri gibi unsurların değerlendirilmesi gerekliliği ön plana çıkmaktadır.

AB Mevzuatında gerek 82’nci maddenin uygulanması sürecinde ve gerekse Birleşme Tüzüğü kapsamındaki davalar için hakim durumun varlığının belirlenmesine ilişkin herhangi bir pazar payı eşiği bulunmamaktadır. Ancak yine de, bugüne kadar değerlendirilen davalarla, Komisyon’un pazar paylarına ilişkin tavrı konusunda bazı ipuçlarına ulaşmak mümkündür. Bu çerçevede, Komisyon kararlarına bakıldığında, % 40’lık bir pazar büyüklüğü seviyesi ile karşılaşılmaktadır. Komisyonun son döneme kadar % 40’ın altında bir yoğunlaşma sonrası pazar büyüklüğüne ait tek yanlı hakim durum yaratıcı olarak nitelendirilen herhangi bir kararı bulunmamasından dolayı, % 40’ın altında kalan yoğunlaşmalar bu anlamda güvenli bir bölgede sayılabilmekteydi. Ancak, 1999 tarihli *Rewe/Meinl*²¹ ve 2001 tarihli *Hutchison/ECT/RMPM*²² davalarında, Komisyon’un % 40’ın altındaki pazar paylarına ulaşacak yoğunlaşmaların da hakim durum tesis edebileceği yönünde karar verdiği görülmektedir. *Rewe/Meinl* davasında, Avusturya gıda ağırlıklı perakende zinciri pazarındaki dördüncü büyük şirket olan Meinl’in, pazar lideri Rewe/Billa tarafından devralınması girişimi, Komisyon tarafından ilgili pazarda hakim durum yaratıcı bir işlem olarak nitelendirilmiştir. Bu kararın en önemli özelliği, devralma girişimi ile tarafların toplam paylarının sadece % 37 seviyesine ulaşması olmasından kaynaklanmaktadır. Değerlendirmede, büyük perakendecilerle sağlayıcıları arasındaki kuvvetli ilişkiye değinilmiş ve sektörde büyük alım yapan teşebbüslerin sağlayıcılar karşısında çok avantajlı fiyatlarla alım yapabildiği ve bu durumun da söz konusu teşebbüslere alt pazardaki rakiplerine oranla önemli avantajlar sağladığı belirtilmiştir. Anılan davada, Avusturya perakende piyasası koşulları incelenmiş, Rewe/Billa’nın halihazırda pazar lideri ve hızla yayılan tek teşebbüs olduğu tespit edilmiştir. Her ne kadar devralmayla pazar payı ancak

²⁰ Bkz. *Tetra Pak/Alfa Laval, Alcatel/Telettra, Mannesmann/Hoesch*.

²¹ IV/M.1221. (1999).

²² IV/M.1412. Bu başvuru Komisyon’un nihai kararını açıklamasından hemen önce geri çekilmiştir.

% 37 seviyesine yükseliyor olsa da, bu değerin pazardaki en büyük rakip olan Spar'inkinden önemli miktarda fazla olduğu ifade edilmiştir. Bu bağlamda Komisyon, analizini salt % 37'lik payın ifade ettiklerinden ziyade, teşebbüsün gerçek pazar gücünün öğrenilebilmesi amacıyla, taraflara avantaj sağlayan diğer bazı unsurların değerlendirilmesi yönünde genişletmiştir. Bu çalışmalar sonunda işlemin orjinal şekliyle, oluşacak yeni teşebbüsün; merkezileşmiş yapısı, tercih edilen bölgeler ile kârlı satış noktalarındaki yüksek pazar payları gibi avantajları dolayısıyla, ilgili pazarda zaten yüksek olan giriş engellerini daha da artıracığı kararına varılmıştır.²³

Benzer bir şekilde Komisyon tarafından *Hutchison/ECT/RMPM* davaları kapsamında yapılan ilk incelemede, Rotterdam Liman Otoritesi'nin, konteyner terminal operatörlerinden Hutchison ile ECT'nin meydana getireceği birliktelik sonucu oluşacak, % 36'lık bir pazar büyüklüğünün, Kuzey Avrupa derin deniz gemi taşımacılığı yükleme-boşaltma pazarında hakim duruma yol açabileceği öngörülmüştür. Burada da, pazar paylarının yoğunlaşmanın gerçek gücünü yansıtmadığı konusu üzerinde durulmuş ve tarafların aktarma (transshipment) konusundaki güçlü pozisyonu, Uzakdoğu kargo faaliyetlerindeki lider konumu ve terminallerinin özellikle büyük gemilerin yükleme-boşaltma yapabilmesi için çok uygun yerlerde kurulmuş olması nedenleriyle, söz konusu yapılanmanın görüldüğünden çok daha büyük bir pazar gücünü ifade ettiği belirtilmiştir.

*Alcatel/Telettra*²⁴ davasında ise Komisyon, çok yüksek pazar paylarının hakim durumun varlığını gösterebileceğini belirtmiş olmasına rağmen, bu yüksek pazar payına ulaşan birleşme ve devralma işleminde hakim durum yaratmayabileceği yönünde kararlar vermiştir. Bu itibarla % 40'ın üzerindeki pazar paylarının da doğrudan hakim durum yarattığını söylemek nükün görünmemektedir.

*Air France/Sabena*²⁵ olayında yoğunlaşma öncesi pazar payları % 50'şer olan iki teşebbüsün bir araya gelmesine, koşullu olarak izin verilmiştir. Öte yandan, *Alcatel Telettra* olayında % 83'lük pazar payına sahip şirketlerin yaptığı işleme yine koşullu olarak izin verilmiş ve *Courtaulds/SNIA*²⁶ olayında ise % 65'lik yoğunlaşma sonrası pazar payının (koşulsuz olarak) hakim durum yaratmayacağı sonucuna varılmıştır.

²³ Tarafların Komisyon'a gerek perakende ve gerekse sağlayıcılar seviyesinde verdiği bazı taahhütler ile işleme izin verilmiştir. Bu taahhütler akabinde Rewa/Billa, Meinl'in gıda perakende faaliyetlerinin sadece % 34'ünü devralabilmiştir. Ayrıca, Rewa/Billa'nın taahhütleri arasında, Güney Avusturya'da gıda perakende işiyle ilgili herhangi bir satış merkezi satın almaması hususu da yer almaktadır.

²⁴ OJ L122/48 (1991).

²⁵ M. 157 (1992).

²⁶ M. 113 (1991).

Yine benzer bir biçimde *Mannesmann/Hoesch*²⁷ davasında, Komisyon Alman çelik gaz borusu pazarında taraflara % 60'ın üzerinde bir pazar payı sağlayan yoğunlaşma işlemine izin vermiştir. Bu kararın altında Alman pazarını ayıran engellerin kademeli olarak kaldırılması neticesinde, özellikle British Steel ve Usinor-Sacilor'dan kaynaklanan potansiyel rekabetin yattığı belirtilmiştir.

Yıllar itibarıyla büyük oranlı değişiklikler gösteren pazar payları özellikle, büyük montanlı ve uzun süreli kontratlarla ya da ihale usulü çalışan teşebbüslerden oluşan sektörlerde görülmektedir. Bu tür yapılara Komisyon'un yaklaşımı, *ABB/BREL*²⁸ davasında ortaya çıkmıştır. ABB özellikle, elektrik mühendisliği ve enerji santralleri ekipmanları üretim, enerji dağıtım ve demiryolu endüstrisinde faaliyet göstermektedir. Öte yandan BREL ise, sadece Birleşik Krallık demiryolu araçları dizayn, üretim ve yenileme ile küçük genel mühendislik işleriyle ilgili faaliyetlerde bulunmaktadır. Anılan davada ortak bir kontrolden tek kontrole geçilmektedir. Taraflar, müşterilerin çok özel ihtiyaçları ve projeleri için üretim yapmaktadır. Bu itibarla, üretim kesik kesik ve büyük montanlı olmaktadır. Bu da, talebin, arzın ve dolayısıyla pazar paylarının yıldan yıla çok büyük değişiklikler göstermesine yol açan bir etkidir. Komisyon yaptığı değerlendirmede, bu tür pazarlarda çok uzun yıllar değişimleri de dikkate alırsa, pazar payı değerlerinin teşebbüslerin pazar gücünü gerçek anlamda yansıtmayacağını ve bir teşebbüsün o yıl kapasitesi olmakla birlikte sipariş alamamış olmasından dolayı üretimi olmayabileceğini, ancak bir sonraki yıl kazandığı bir ihaleyle pazarın % 50'sini kontrol edebilir bir halde bulunabileceğini belirtmiştir.

Pazar payındaki artışın vurgulandığı *Pepsico/KAS*²⁹ davasında Komisyon, Pepsico'nun İspanya pazarında sahip olduğu % 68'lik payında, yoğunlaşma işlemi ile meydana gelecek bir puanlık artışı, hakim durum yaratıcı ya da var olan hakim durumu güçlendirici olarak nitelendirmemiştir. *Alcan/Inespal/Palco*³⁰ davasında ise, Alcan-EKCO ortak girişimi AB alüminyum folyo kutu pazarında yaklaşık % 34'lük bir payla lider konumunda bulunmaktadır. Pazardaki ikinci büyük firma olan Alusuisse'nin payı ise % 20'nin altındadır. Komisyon, Palco'nun devralınmasıyla pazar payında meydana gelecek % 2'lik artışı da, hakim durum yaratıcı olarak görmemiş ve yoğunlaşmaya izin vermiştir.

*Swissair/Sabena*³¹ davasında ise, Swissair'in Sabena'nın % 49,5 hissesini devralma teşebbüsü, İsviçre-Belçika hava taşımacılığı

²⁷ IV/M.222 (1992).

²⁸ IV/M.221 (1992).

²⁹ IV/M.289 (1992).

³⁰ IV/M.322 (1993).

³¹ IV/M.616 (1995).

pazarında bir tekel yaratmaktadır. Swissair ayrıca, SAS ve Austrian Airlines ile European Quality Alliance'ın bir üyesidir; öte yandan SAS'ın da Lufthansa ile bir işbirliği anlaşması bulunmaktadır. Bütün bu bağlantılarla birlikte, söz konusu işlem Avrupa hava taşımacılığı pazarının % 35'ini kontrol eder bir nitelik arz etmektedir ki, anılan pazardaki ikinci büyük teşebbüsün payı bunun ancak yarısı kadardır. Bütün bunlara rağmen, yapılan değerlendirmeler neticesinde söz konusu işleme; gerek tarafların gerekse İsviçre ve Belçika hükümetlerinin, diğer teşebbüslere bu iki rota arasında zorunlu uçuş hakkı ve havaalanı yeri verme garantileri ile izin verilmiştir. Bununla birlikte, Swissair ve Sabena'ya, rakiplerinin de sık uçuş yapan yolcu programlarına (frequent flyer progammes) iştirakine izin verme ve hatlar arası uçuş anlaşmalarına katılım haklarının sağlanması koşulları getirilmiştir. Son olarak da Komisyon, Swissair'in European Quality Alliance aracılığıyla SAS'la olan bağlantılarını kesmesini istemiştir.

4.1.2. Nispi Pazar Payları

Hakim durum analizlerinde, yoğunlaşmaya taraf teşebbüslerin işlem sonrası pazar büyüklükleri kadar, pazardaki diğer teşebbüslerin payları da oldukça önemli bir göstergedir. Piyasadaki gerçek rekabet koşullarının (actual competition) belirlenmesinde dikkate alınması gereken bu husus, birleşen tarafların halihazırda ne kadar rekabetçi bir baskı altında faaliyet gösterdiklerine dair bilgiler taşımaktadır. Eğer piyasada yeterince rekabetçi baskı yaratabilecek büyüklükte (esas olarak pazar payı, finansal büyüklük, araştırma-geliştirme gücü, ürün çeşitliliği, vs.) rakipler varsa, yoğunlaşma ile yüksek sayılabilecek pazar paylarına ulaşılması bile hakim duruma gelmesi anlamını taşımayabilmektedir. Özellikle oligopol pazar yapılarında rastlanabilecek bu durum, tek yanlı hakim duruma gelmesini engelleyici bir unsur olurken, işbirliği sağlayıcı yapıların (co-ordination effect) oluşumunda pozitif bir rol oynayabilmektedir. Öte yandan, eğer pazarın geri kalanı yoğunlaşma ile oluşan teşebbüsün pazar payına göre çok düşük paylara sahip teşebbüslerden oluşuyorsa, yüksek pazar payı hakim durumun göstergesi sayılabilmektedir. Ancak burada küçük payı olan teşebbüslerin sahip oldukları diğer özellikleri önem kazanmaktadır.

4.1.2.1. 4054 Sayılı Kanun'da Nispi Pazar Payı Değerlendirmeleri

4054 sayılı Kanun uygulamaları içerisinde, nispi pazar paylarının kararda belirleyici olduğu en önemli davalardan birisi, *İGSAŞ/Toros Gübre* özelleştirmesidir. Bu olayda, pazardaki teşebbüslerin son üç yıl itibarıyla pazar payları şu şekilde gerçekleşmiştir.

Kuruluşların Toplam Azotlu Gübre Satışları İçindeki Payları (%)

Yıl	1997		1998		1999	
	Toplam Fiziki	Toplam BBM	Toplam Fiziki	Toplam BBM	Toplam Fiziki	Toplam BBM
Toros Gübre	24.24	21.41	26.34	24.17	32.64	31.46
TÜGSAŞ	21.32	17.51	24.45	19.81	23.10	18.84
İGSAŞ	18.40	26.34	17.83	24.59	10.87	14.76
Ege Gübre	1.17	0.95	2.13	2.04	2.72	2.71
Gübretaş	13.59	14.96	4.02	4.77	3.20	3.92
Bagfaş	5.56	3.83	6.46	5.52	5.61	4.94
Diğer	15.72	14.99	18.77	19.09	21.86	23.38
Toplam	100.00	100.00	100.00	100.00	100.00	100.00

1999 yılı itibarıyla bakıldığında, devralma neticesinde Toros Gübre'nin % 46.22'ye ulaşacak payı karşısında, en büyük rakip olan Tugsaş'ın payı sadece % 18.84'te kalmaktadır. Diğer teşebbüslerin payları ise, tablodan görüldüğü üzere % 5'in altındadır. Nispi paylar arasında bu kadar büyük fark olması söz konusu kararda, pazara giriş engellerinin yüksekliği, marka imajı ve dikey bütünleşme gibi hususlar da dikkate alınarak, hakim durum yaratıcı bir unsur olarak değerlendirilmiştir.

Rekabet Kurulu, *Borusan/Mannesmann*³² davasında, Borusan Holding A.Ş., Borusan Yatırım ve Pazarlama A.Ş. ve Mannesmannröhren Werke AG arasında, sanayi/profil boru, spiral boru, PP, tesisat/hat ve özel boru pazarlarında faaliyet gösterecek, Borusan Mannesmann Endüstri ve Yatırım A.Ş. ünvanlı bir ortak girişim kurulmasına dair kararında, tesisat/hat ve özel boru pazarlarında söz konusu yoğunlaşmanın hakim durum yaratabilecek potansiyele sahip olduğunu ifade etmiş ancak; her bir boru segmentinde en az 4-5 büyük ve çok sayıda küçük firmanın yıllardan beri faaliyette olması ve pazara giriş-çıkış engellerinin bulunmaması nedenleriyle anılan yoğunlaşmaya

³² Karar tarihi: 20.08.1998, Karar Sayısı: 80/617-119. Bu davaya izin verilmesi, Borusan Mannesman Endüstri ve Yatırım A.Ş.'nin faaliyetlerinin ve yoğunlaşma işleminin sektör üzerindeki etkilerinin incelenebilmesi amacıyla ve gerektiğinde uzatılmak kaydıyla 5 yıllık süre ile Rekabet Kurumu'nun herhangi bir inceleme, soruşturma kararı almasına gerek olmaksızın, Borusan Mannesmann Endüstri ve Yatırım A.Ş. Ortak Girişimi tarafından her bir boru alt sektörü için ayrı ayrı olmak üzere, aylık bazda hazırlanan üretim, satış (iç piyasa ve ihracat) ve fiyat rakamlarını içeren bilgilerin ve bu çerçevede pazar paylarının 6 ayda bir Rekabet Kurumu'na bildirilmesi koşuluna bağlanmıştır.

koşullu izin vermiştir. Mevcut rekabetin ve pazara giriş engellerinin bulunmaması anlamında potansiyel rekabetin, hakim duruma gelinmesi karşısında güçlü karşı unsurlar olarak değerlendirildiği bu dava, Türk Rekabet Hukuku açısından ilk davalardan birisi olması nedeniyle önemlidir.

Öte yandan, 1999 yılında gerçekleşen *EÖS Eczacıbaşı/SİFAR*³³ davasında, EÖS Eczacıbaşı Özgün Kimyasal Ürünler ve Ticaret A.Ş.'nin SİFAR İlaçları Ticaret ve San. A.Ş.'ye ait ilaç üretim tesislerini devralmasına ilişkin yapılan değerlendirmede, ilgili ürün pazarındaki firmaların pazar paylarının birbirine çok yakın olması ve pazarda en büyük paya sahip üç firmanın sadece yüzde birer puan farkla sıralanmaları yüzünden piyasanın mevcut rekabetçi yapısı, kararda belirleyici unsur olarak dikkate alınmıştır. Yine aynı şekilde, 2000 yılında gerçekleştirilen *Eczacıbaşı/American Standart*³⁴ devralması ve *SEKA-Dalaman/Mopak*³⁵ özelleştirme kararlarında da, pazardaki güçlü rakiplerin varlığı ilgili teşebbüslerin hakim durum analizlerinde tartışılan en önemli hususlardan olmuştur.

4.1.2.2. AB Uygulamalarında Nispi Pazar Paylarına İlişkin Değerlendirmeler

AB Komisyonu'nda genel olarak, yoğunlaşma neticesinde oluşacak teşebbüsün pazar payı ile pazardaki diğer teşebbüslerin payları arasındaki büyük fark, hakim durumun varlığını kuvvetlendirici bir unsur olarak görülmektedir.

Bu farkın önemi, özellikle pazarın geri kalan kısmının nispeten küçük paya ve sınırlı finansal güce sahip teşebbüslerden meydana gelmesi durumunda daha da artmaktadır. Komisyon böyle durumlarda, pazardaki zayıf teşebbüslerin büyük teşebbüsle fiyat savaşları, araştırma-geliştirmeye ayrılan kaynaklar veya geniş bir ürün yelpazesi sunumu konularında rekabet edemeyeceğini düşünmektedir. Öte yandan lider teşebbüsün karşısında nispeten büyük teşebbüsler varsa, bu teşebbüslerin lider üzerinde fiyat baskısı uygulayabileceği ve bu sayede pazarda etkin rekabet koşullarının sağlanabileceği öngörülmektedir (Fine 1996, 210).

Bu bağlamda, *Accor/Wagons-Lits* davasında, yoğunlaşma sonrası yeni teşebbüsün, pazarın nasıl tanımlandığına bağlı olarak, % 69 ila % 89 arasında bir pazar büyüklüğüne sahip olacağı, öte yandan pazardaki en büyük rakibinin payının ise % 5 civarında olduğu; *Mannesmann/VDO* davasında ise VDO'nun % 80 pazar payıyla, hiçbiri % 10'dan daha fazla paya sahip olmayan üç rakibin varlığı karşısında hakim durumda olduğu belirtilmiştir.

³³ Karar Tarihi: 04.02.1999, Karar Sayısı: 99-5/41-16.

³⁴ Karar Tarihi: 10.02.2000, Karar Sayısı: 00-6/51-23.

³⁵ Karar Tarihi: 03.08.2000, Karar Sayısı: 00-29/330-186.

ATR/de Havilland davasında Komisyon'un, işlemi Ortak Pazar'la bağdaşamaz olarak nitelendirmesinin altında yatan nedenlerden birisi olarak da, yoğunlaşma sonrası teşebbüsün pazar payı (% 50) ile en yakın rakibi olan Saab'ın pazar payı (yaklaşık % 19) arasındaki büyük fark gösterilmiştir.

Öte yandan *Renault/Volvo*³⁶ davasında tarafların, Fransa kamyon pazarındaki toplam payı % 50'yi aşmasına rağmen, Mercedes ve Iveco'nun ciddi oranda rekabetiyle karşı karşıya olduğu saptanmıştır. Benzer bir şekilde Komisyon, *Rhone Poulenc/SNIA II*³⁷ ortak girişimine, Avrupa naylon iplik pazarındaki % 42'lik pazar payına rağmen izin vermiştir. Bu pazarda ortak girişimin pazar payının en yakın rakibi olan Du Pont'unkinden yaklaşık iki kat daha fazla olması, söz konusu şirketin Dünya çapındaki ünü ve geniş kaynaklarının varlığı ile bertaraf edilebilir nitelikte bulunmuştur.

*Crown Cork and Seal/Carnaud Metal Box*³⁸ davasında Komisyon, bu yoğunlaşma ile Avrupa Ekonomik Alanı (European Economic Area) aerosol teneke kutu pazarında bir hakim durum yaratılmasının söz konusu olduğu kanaatine ulaşmıştır. Bu kanaatin oluşmasında, her iki tarafın da aynı ürünlerin üretimi ve pazarlaması faaliyetinde bulunmasıyla, yoğunlaşma sonrası pazar paylarının % 60'tan fazla olması ve en büyük rakiplerinin pazar payının sadece % 15-20 aralığında olmasının büyük önemi bulunmaktadır. Pazardaki kapasite fazlalığının çok büyük bir kısmının tarafların elinde olması hususu da, yukarıdaki gerekçeyi destekler nitelikli bir rol oynamıştır. Ancak Komisyon, Crown'un bazı özel aerosol teneke kutu operasyonlarını devretmesi taahhüdünün, işlemin hakim durum yaratıcı vasfının yok olması için yeterli olduğu sonucuna ulaşmıştır.

4.1.2.3. Yoğunlaşma Oranları (CR) ve Herfindahl-Hirschman Endeksi (HHI)

Antitröst uygulamalarında teşebbüslerin pazar paylarından, pazar gücüne ilişkin anlamlı sonuçlar çıkarılmasında yararlanılan ve yaygın olarak kullanılan iki metod bulunmaktadır. Bunlar; yoğunlaşma oranları toplamları (CR-Concentration Ratio) ile özellikle ABD uygulamasında birleşme değerlendirmelerinin mihenk taşlarından birisi olan Herfindahl-Hirschman endeksidir (HHI).

Pazardaki firma büyüklükleri üzerine odaklanan ve ilk "n" firmanın pazar payları toplamını gösteren yoğunlaşma oranları (Pepall, Richards ve Norman 1999, 62), genellikle dört veya sekiz firma için (CR4, CR8)

³⁶ IV/M.0004.

³⁷ IV/M.222 (1992).

³⁸ IV/M.603 (1995).

hesaplanmaktadır (bazı durumlarda ilk iki ya da beş firma-CR5). Söz konusu oranlar çok kapsamlı sofistike pazar bilgisi gerektirmemesi anlamında ülkemizde de sıkça başvurulan göstergelerden birisidir.³⁹ Özellikle, pazardaki yoğunlaşma oranlarıyla pazarın rekabetçi yapısı arasında mutlak doğrusal bir ilişki olduğunu kabul eden bu sistemde (yapısalcı yaklaşım), oldukça önemli ve belirleyici bir unsur olarak kullanılmıştır. Ancak yoğunlaşma oranları, sadece en büyük n firmanın pazar paylarını kapsamaması ve bu n firma içerisindeki oranların nispi büyüklüklerine tepkisiz olması⁴⁰ nedenleriyle pazarın tüm resminin sağlıklı bir şekilde çizilmesi hususunda bazı eksiklikler içermektedir.

Yoğunlaşma oranları hesaplarının, pazardaki tüm firmaları dikkate almamasının getirdiği eksiklik Herfindahl-Hirschman (HHI) endeksi ile çözülmektedir. HHI bir piyasadaki tüm firmaların pazar paylarının karelerinin toplanmasıyla hesaplanan bir endekstir. Örneğin, payları % 40, 30, 20 ve 10 olan dört firmadan teşekkül bir piyasada HHI'nin değeri 3000'dir ((40*40+30*30+20*20+10*10)=(1600+900+400+100)=3000). ABD antitrust uygulamalarında, Birleşik Devletler Adalet Bakanlığı Birleşmeler Rehberi'nde (Merger Guidelines of US Department of Justice) hükme bağlandığı şekliyle, yoğunlaşmaların değerlendirmesinde söz konusu işlemlerin HHI üzerindeki etkisi incelenmektedir. Yoğunlaşma sonrası HHI'nin 1000'den küçük olduğu durumlarda herhangi bir anti-rekabetçi endişeye gerek duyulmadan işleme izin verilmektedir. HHI değerinin 1000 ila 1800 arasında ve endeksteeki değişimin 100 birimden fazla olduğu durumlar ise, potansiyel olarak sorun olabilecek bir işlem olabileceği düşünülerek incelemeye alınmaktadır. Öte yandan HHI'nin 1800'den büyük olması, önemli derecede yoğunlaşmanın işareti sayılmakta ve diğer unsurlar da (pazara giriş engelleri gibi) göz önünde bulundurularak, işlem engellenmeye çalışılmaktadır.

Rekabet otoriteleri tarafından yapılan değerlendirmelerdeki belirsizliği belli oranda ortadan kaldırarak, teşebbüsler açısından yararlı olan bu metodun kullanımı, pazardaki tüm firmaların paylarının bilinmesini gerektirmesi bakımından⁴¹, özellikle istatistiki bilgilerin çok zayıf olduğu ülkemiz piyasaları

³⁹ Yukarıda *Cisco/IBM* davasında, % 86,6 olan CR4'ün, yoğunlaşma işlemi sonrasında % 89,7'ye yükseleceği ve halihazırda lider konumda olan Cisco'nun liderlik pozisyonunun biraz daha güçleneceği ifade edilmektedir.

⁴⁰ CR4'ü % 80 olan iki farklı pazardaki teşebbüslerin payları sırasıyla % 20-20-20-20 olabileceği gibi, % 65-5-5-5 şeklinde de olabilir. Dört firma yoğunlaşma oranı eşit olan bu iki pazardaki rekabetçi yapının birbirinden çok farklı boyutta olduğu açıktır.

⁴¹ Tüm firmaların pazar bilgisi olmadan da alt ve üst sınırları belli bir HHI hesaplamak mümkündür. Bu durumda, üst sınır için, kalan tüm pazar büyüklüğünün tamamının pazar bilgisi olmayan firmaların birisi tarafından sağlandığını, alt limit için ise bu büyüklüğün pazar bilgisi olmayan firmaların tamamı tarafından eşit bir şekilde sağlandığı varsayımını yapmak gerekecektir. Örneğin, sekiz firmadan oluşan ancak yalnızca dördünün pazar payları bilinen (% 35, 24, 15 ve 10) bir piyasada, CR4 tam olarak hesaplanabilirken, HHI için alt ve üst değerler

için uygulamada bazı zorluklar içermektedir. Gerçekten Türkiye'deki pek çok sektörde arzın önemli bir kısmı az sayıda firma tarafından sağlanıyor olmakla birlikte, yerel bazda ve küçük ölçekte faaliyet gösteren ve çoğu zaman resmi kayıtlarda bile doğru bir şekilde yer almayan çok sayıda firma da, tek tek ele alındığında önemsiz olmakla birlikte, toplamda talebin pek de azımsanmayacak bir bölümünü karşılayabilmektedir. Kaldı ki; esas olan HHI'nın hesaplanması değil, değerlendirmede dikkate alınması gereken aralıkların ve değişim miktarlarının belirlenmesidir. Bu itibarla, ülkemiz rekabet hukuku uygulamalarında HHI'nın aynen yukarıda ifade edildiği şekliyle ABD piyasaları için belirlenmiş değerlerle kullanılmasının, çok farklı özellikler taşıyan ülkemiz pazarlarında anlamlı ve sağlıklı sonuçlar getirmeyebileceği düşünülmektedir.⁴²

Konsantrasyon oranları ve HHI nispeten kolay bir şekilde hesaplanabilir olmakla ve hatta pazar hakkında kayda değer bilgiler sağlamakla beraber, pazar paylarının, konsantrasyon oranlarının ve HHI'nın kullanımı, ilgili pazarın değerlendirilmesinde bazı ciddi potansiyel sorunlara neden olabilmektedir. Öncelikle şu hususun belirtilmesi gerekir ki; bir pazarda gözlemlenen konsantrasyona neden olan pek çok faktör olabilir. Özellikle, konsantrasyon oranları ölçümlerinin anlamlı olabilmesi için, konsantrasyonun kârlılığı tek taraflı olarak etkilemesi gerekmektedir. Herhangi bir firmanın diğerlerinden daha etkin çalışması durumunda, bu firmanın daha yüksek kârlar elde etmesi ve pazarını genişletmesi ve büyük bir olasılıkla pazar konsantrasyonunu artırması beklenir. Fakat böyle bir durumda, pazardaki artan konsantrasyon oranını rekabetin azalması şeklinde yorumlamak hatalı olacaktır. Böyle bir durumda ilk şekilde düşünmek, pazar yapısının veri olduğunu ve firma davranışlarının veya performansının bunu etkilemediğini kabul etmekten kaynaklanmaktadır. Oysa pazar yapısı (konsantrasyon oranları) kısmen de olsa dışsal unsurlardan etkilenebilmektedir. Bu konuda Bishop ve Walker (1999, 37-38)'in görüşü ise: *"pazar paylarından pazar gücüne ilişkin çıkarımlar yapılması, pazar tanımlarının doğru ve sağlıklı bir biçimde yapılmasıyla yakından ilgilidir. Pazar tanımlarında her zaman belli oranda subjektivitenin bulunması, bu anlamda pazar paylarının sağladığı bilgilerin güvenilirliğini zedelemektedir. Ayrıca, pazardaki firma sayısı da her zaman rekabetin bir göstergesi sayılmayabilmektedir"* şeklindedir.

2190 ve 2382 şeklinde olacaktır (Üst limit için kalan % 16'nın sadece bir firma tarafından karşılandığı ve alt limit için ise bu miktarın kalan dört firma tarafından eşit şekilde sağlandığı varsayılmaktadır.) (Bishop ve Walker 1999, 37).

⁴² İGSAŞ/Toros Gübre davasında değerlendirilen unsurlardan birisi de, yoğunlaşma ile HHI'da meydana gelecek değişim olmuştur. Söz konusu yoğunlaşma ile HHI'nın 2538.348'e ulaşacağı (Bu hesaplama toplam satışların % 23.38'ini gerçekleştiren küçük ölçekli işletmeler dahil edilmemiştir.) ve endekste meydana gelecek değişimin de 928.699 olacağı hesap edilmiştir.

4.1.3. Alıcıların Gücü (Buyer Power)

Antitröst uygulamalarında, pazardaki güçlü ve konsantre alıcıların varlığı, yoğunlaşma ile ortaya çıkacak yeni yapılanmaların pazar gücüne ulaşabilme yetilerine negatif yönde etki eden faktörlerden birisi olarak kabul edilmektedir. Gerçekten de genel olarak düşünüldüğünde, bir firmanın, satışları içerisinde nispeten büyük montanlı alım yapan, güçlü müşterileri varsa, bu müşterilerin firmanın satış politikaları üzerinde belli oranda etkisi bulunmakta, bu tür müşteriler küçük müşterilere göre daha yüksek pazarlık gücüne, en iyi indirim oranlarına ve en elverişli alım koşullarına sahip olmaktadır. Ancak, firmanın satışları çok sayıda alıcıya bölünmüşse ve bu alıcılar da söz konusu miktarın çok küçük bölümlerini talep ediyorsa, bu durumda alıcıların gücünden pek fazla söz edilemeyecektir.

Alıcıların gücü konusunda, en basit şekliyle değerlendirilmesi gereken konu, bir yoğunlaşma işlemi sonrasında söz konusu firmanın müşterilerinin, fiyatların yükseltilmesini caydırıcı bazı kozlarının olup olmadığıyla ilgilidir. Söz konusu husus analiz edilirken kantitatif olarak bakılması gereken ilk unsur, alıcıların yoğunlaşma oranlarının sağlayıcıları ile karşılaştırmasının yapılması hususudur. Ancak, bir önceki bölümde de ifade edildiği gibi, çoğu zaman salt rakamların söyledikleri, sağlıklı bir analiz için yeterli olmamakta, farklı göstergelerle daha derinlemesine incelemelere gereksinim duyulmaktadır. Burada da, alıcı konsantrasyon oranlarıyla birlikte, sektörün yapısı ve diğer bazı unsurların değerlendirilmesi, alıcıların gerçekten, sağlayıcılar üzerinde bir güç unsuru olup olmadıklarının tespitinde oldukça büyük önem arz etmektedir.

Burada dikkat edilmesi gereken bir konu da, alıcılarla sağlayıcılar arasında yapılan kontratın niteliğidir. Eğer ilgili ürün için alıcı, sağlayıcı ya da iki taraf bağlamında büyük yatırımlar gerekiyorsa, alımlar büyük montanlı ve uzun süreli bağlantılar şeklinde gerçekleştiriliyorsa vs., teoride "kilitleme" (lock-in) denilen olgunun varlığıyla, alıcıların gücünün erozyona uğradığı kabul edilmektedir. Bu tür durumlarda, alıcı için yoğunlaşma sonrasında söz konusu teşebbüs tarafından yapılması muhtemel fiyat artırımlarında, alternatif sağlayıcılara geçmenin maliyeti yükselmekte ve bu itibarla alıcının sağlayıcı üzerindeki pazarlık gücü zayıflamaktadır.

Öte yandan alıcıların gücünün etkisi bir bakıma da, muhtemel fiyat artışlarını kendi alıcılarına yansıtabilmelerinin derecesiyle ilgilidir. Bu noktada işin içine ürünün, alt-pazardaki talep esnekliği ve olduğu gibi mi yoksa üzerine yeni değerler eklenerek mi satışa sunulduğu konuları girmektedir. Eğer, söz konusu ürün alıcı seviyesindeki işlemin küçük bir parçasıysa ve bir alt pazardaki talep esnekliği düşükse, sağlayıcı seviyesinde yoğunlaşmayla ortaya çıkabilecek

fiyat artışları alıcı seviyesinde çok da önemli bir husus olarak değerlendirilmeyecektir (Hawk ve Huser 1996, 191-198).

Alıcı gücü kavramının en uç noktası, ilgili pazarda yalnızca bir alıcının bulunduğu monopsonist yapılardır. Bu tür yapılarda ise alıcı gücünün çok fazla olması söz konusudur. Monopsonist yapılar, tek alıcı olması itibarıyla, sağlayıcı fiyatlarının maliyetlerinin altına çekilmesi bağlamında tekeli fiyatlandırma benzeri bir görünüm sergilemekte ve bu itibarla rekabet kanunlarının kapsamına girebilmektedir. Bununla birlikte yoğunlaşmalarla ilgili olarak da, herhangi bir monopsonistin sağlayıcıları arasında meydana gelecek kalıcı yapısal değişikliklerin değerlendirilmesinde, pazarda tek alıcı olmasının yaratacağı baskının, belirleyici unsurlardan olacağı açıktır.

Mevzuatımızda hakim durum analizlerine ilişkin, alıcıların pozisyonunun değerlendirilmesi gereken hususlardan birisi olduğu, 1997/1 sayılı Tebliğ'de "*...ilgili teşebbüslerin ...kullanıcı bulabilme alternatifleri...ilgili mal ve hizmetlere olan arz-talep eğilimleri*" şeklinde ifade edilen unsurlarda içsel olarak yer almaktadır. Ancak, bugüne kadarki uygulamalarda, bilinebildiği kadarıyla, "alıcıların konumu"nun kararda belirleyici unsurlardan birisi olarak tartışıldığı bir dava olmamıştır.

AB rekabet uygulamalarına bakıldığında ise alıcı gücü argümanının, pek çok birleşme davasında kullanıldığı ve özellikle son yıllarda, tüketici malları üreten firmalar arasında gerçekleşen yoğunlaşmalar kapsamında, perakende sektörünün bu üst pazardaki belirleyiciliği bağlamında oldukça önem kazandığı ve gündemde olduğu görülmektedir.

Komisyon alıcı gücüne ilişkin görüşünü, *Coca Cola/Carlsberg*⁴³ davasında, "*...hakim durum değerlendirmesi yaparken sorulması gereken soru, tarafların pazar gücünü nötralize edecek yeterli bir karşı alıcı gücü olup olmadığıdır.*" şeklindeki ifadesiyle özetlemektedir. Söz konusu yorumdan da çıkarılacağı üzere, buradaki anahtar husus bir tarafın diğer tarafın işlerine olan bağımlılığının derecesiyle ilgilidir (Cook ve Kerse 2000, 155).

*Alcatel/AEG Kabel*⁴⁴ davasında Komisyon, hakim durum yaratılmadığı argümanını desteklemek için alıcıların pazarlık gücünü ortaya koymuştur. Bu değerlendirmede, toplam talebin % 80'inin en büyük 20 alıcı tarafından kullanıldığı ve en büyük müşterinin pazarlık gücünü maksimize etmek için, ilgili ürünün gerçek ve potansiyel sağlayıcıların tamamıyla işbirliğine gittiği hususları öne çıkarılmıştır. Öte yandan *Metallgesellschaft/Safic Alcan*⁴⁵ davasında Komisyon, çok büyük lastik üreticilerinin ilgili ürünün (sert doğal kauçuk)

⁴³ IV/M.833 (1997).

⁴⁴ IV/M.165 [1991].

⁴⁵ IV/M. 146 [1991].

dünya çapındaki tüketiminin 2/3'ünü tüketmesi dolayısıyla önemli oranda alıcı gücü bulunduğundan söz etmiştir.

Bir ya da birkaç güçlü alıcının, potansiyel hakim durumdaki bir sağlayıcının pazar gücünü dengelemesi konusu *Enso/Stora*⁴⁶ davasında da gündeme getirilmiştir. Bu işlemle, Avrupa Ekonomik Alanı sınırları için karton kutu pazarında sağlayıcı sayısı üçe düşmekte ve yeni teşebbüs de pazar lideri konumuna gelmektedir. Öte yandan değerlendirmede pazardaki talep artışının ortalama bir seviyede olması ve hem teknik hem de ticari açıdan giriş engellerinin yüksek bulunması dolayısıyla pazara yeni girişlerin muhtemel olmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Ancak talep tarafına bakıldığında oldukça yüksek bir yoğunlaşma seviyesi görülmektedir. Özellikle Tetra Pak pazardaki arzın çok büyük bir bölümünü tüketmektedir. Pazardaki diğer iki önemli alıcı olan Elopak ve SIG Combibloc'ın alımları Tetra Pak'ınki kadar olmasa da, bu şirketlerin Birleşik Devletler'den yaptıkları stratejik miktardaki ithalatın da, sağlayıcılar üzerinde kayda değer bir karşı güç oluşturduğu kanaati hasıl olmuştur. Sonuçta Komisyon, pazar yapısındaki bu istisnai özellikler dolayısıyla alıcılarla satıcılar arasında meydana gelen karşılıklı bağımlılığın yoğunlaşmanın pazarın rekabetçi yapısında herhangi bir soruna yol açmasını engelleyici bir unsur olduğu kararına varmış ve işleme izin vermiştir.

Konuyla ilgili yeni kavramlar ortaya çıkaran ve bu itibarla en önemli davalardan kabul edilen *Nestlé/Perrier* davasında Komisyon, Fransa'da perakende sektörünün hızlı bir şekilde büyümesine rağmen, söz konusu seviyede alıcı gücünün ancak uzun dönemli kontratlarla alım-satımı yapılan ara, ya da girdi ürünlerde mümkün olabileceğini, tamamen tüketicilerin tercihlerinin bir yansıması olan tüketici mallarında böyle bir durumdan söz edilemeyeceğini ifade etmiştir.

Bu husus bir bakıma, büyük perakende zincirlerinin pek çok gıda ve tüketim malında üreticilere karşı oligopson⁴⁷ bir güce kavuşmalarıyla gündeme gelmiştir (Maitland ve Walker 2000, 170). Öte yandan, son dönemlerde yaşanan bu gelişmelerin, üretici-perakendeci arasındaki güç dengesini perakendeciler lehine değiştirdiğini söylemek yanlış olmayacaktır (Vogel 1998, 4).

⁴⁶ IV/M.1225 (1998).

⁴⁷ Oligopson terimi, pazardaki arzın çok büyük bir bölümünün az sayıdaki alıcı tarafından tüketildiği pazar yapılarını ifade etmektedir. Bu itibarla oligopol yapının alıcı pazarındaki karşılığı olarak düşünülebilir.

4.1.4. Potansiyel Rekabet-Pazara Giriş Engelleri

Potansiyel rekabet kavramı, pazarda halihazırda herhangi bir faaliyeti bulunmamakla birlikte pazara giriş ihtimali olan teşebbüslerin yarattığı etki olarak düşünülebilir. Potansiyel rekabet, gerçek manada mevcut olmamasına ve pazar payı şeklinde ölçülememesine rağmen, pazardaki aktif teşebbüslerin pazar gücünü azaltmaktadır.

Herhangi bir pazarda meydana gelebilecek bir yoğunlaşma neticesinde ya da pazardaki mevcut yapı bünyesinde, bir teşebbüsün fiyatlarını kârlı bir biçimde artırabilmesinin karşısında duran ilk engel pazardaki diğer teşebbüslerin yaratacağı baskıdır (actual competition). Ancak belli koşullarda, gerek pazardaki diğer teşebbüslerin mevcut kapasitelerini artırabilme olanakları ya da yakın ürün üreten firmaların üretimlerini ilgili ürüne çevirebilme yetileri (kapasite ve ürün genişlemesi-arz yanlı ikame), gerek farklı coğrafi pazarlardaki teşebbüslerin ilgili coğrafi pazara girişleri (coğrafi pazar genişlemesi) ve gerekse pazara tamamıyla yeni teşebbüslerin girmesi ihtimalinin, pazardaki rekabetçi davranış kalıpları üzerinde yaratacağı disipline edici etki, mevcut rakiplerin yaratacağı etkiden farklı olmayacaktır. Dolayısıyla gerçek ya da potansiyel rekabet baskısı altında çalışan teşebbüslerin pazar gücüne sahip olmaları mümkün olmayacak ve bu teşebbüsler pazar yapısı ne şekilde olursa olsun etkin rekabet koşullarında faaliyet göstereceklerdir.

Bu itibarla potansiyel rekabet, hakim durum analizlerinde, belki de çok yüksek pazar paylarına ulaşılmasının pazar gücüne sahip olunması, yahut hakim duruma gelmesi anlamına gelmeyebileceği argümanındaki en belirleyici unsur olarak karşımıza çıkmaktadır.

Potansiyel rekabetin, ilgili pazardaki teşebbüslerin davranışları üzerinde disipline edici bir etkisinin olup olmaması hususu, temel olarak söz konusu pazardaki giriş engellerinin derecesine bağlıdır. Eğer pazara giriş engelleri düşük ve bu itibarla girişler kolay ve kısa sürede olabiliyorsa, potansiyel rekabet pazardaki etkin rekabetin bir parçası olarak düşünülmektedir. Öte yandan, pazara giriş engelleri yüksek ve dolayısıyla pazara girişler zor ve ancak uzun vadede mümkünse, potansiyel rekabet⁴⁸ olgusunun pazardaki rekabetçi yapı üzerinde kayda değer bir etkisinin bulunmadığı kabul edilmektedir.

⁴⁸ Potansiyel rekabetin rekabetçi yapıya olan etkisinin ifade bulduğu en güçlü kaynak belki de “yarışmacı pazarlar teorisidir” (contestable markets theory). Bir tam yarışmacı pazarda, pazara giriş ve çıkış maliyetsiz ve çabuktur. Bu tür yapılarıdaki rekabet, pazarda sadece tek bir teşebbüs bile faaliyet gösteriyor olsa, her zaman etkin rekabet sonuçlarını getirecektir. Bu durum ise, fiyatların rekabetçi seviyelerin üzerine çekilmesi durumunda ortaya çıkacak aşırı karlılığın pazara yeni girişlere neden olacağı düşüncesinden kaynaklanmaktadır. Söz konusu süreç fiyatların eski seviyesine dönmesiyle son bulacaktır. Anılan pazar yapılarında, vur-kaç girişler (hit-and-run entry) söz konusu olmaktadır.

Ancak, giriş engelleri konusunun doğal olarak, pazardaki yoğunlaşmanın muhtemel etkilerinin analizinden sonra irdelenmesi gerekmektedir. Yoğunlaşma sonrasında pazarda zaten rekabetçi yapıya ilişkin bir endişe taşınmıyorsa, giriş engellerinin yüksek ya da düşük olması bir anlam ifade etmeyecektir (Bishop ve Walker 1999, 46).

Pazara girişler nitelikleri itibarıyla iki çeşit olabilmektedir. Bunların ilki; yukarıda yarışmacı pazarlar teorisinde belirtilen ve salt ekonomik anlamda bu teorinin temelini oluşturan vur-kaç girişler (hit-and-run entry), ikincisi ise uzun dönemli girişlerdir (long-run entry).⁴⁹

Vur-kaç tipi girişlerde, pazara giriş-çıkış engelleri çok düşük seviyelerde olmalıdır. Herhangi bir fiyat avantajı doğduğunda, çok kısa bir süre içerisinde gerçekleşen bu tür girişler piyasadaki arzı bollaştırarak fiyatların düşmesine neden olmaktadır. Bu tür girişlerin olması büyük oranda bu işlemlerin düşük maliyetle gerçekleşmesine bağlıdır. Bir başka ifadeyle, pazara giriş ve çıkışlar daha sonra telafisi mümkün olmayan büyük miktarlarda batık maliyetlere⁵⁰ (sunk costs) yol açıyorsa, vur-kaç girişlerin olasılığı azalacaktır.

Bir vur-kaç girişçisinin ortaya çıkabilmesi için pazardaki firmaların fiyatları rekabetçi seviyelerin üzerine çekmiş olmaları gerekmektedir. Bu tür girişlerin mevcut firmaların rekabetçi davranışları üzerinde bir tehdit unsuru olarak belirebilmesi için dört koşulun varlığı gerekmektedir. Bunlar:

- Potansiyel giriş için bekleyen teşebbüs grubunun varlığı,
- Söz konusu firmaların mevcut firmalara göre maliyet dezavantajına sahip olmamaları,
- Batık maliyetlerin düşük olması ve

Bu bağlamda, bir pazarın tam yarışmacı pazar olduğunu söyleyebilmek için çok sıkı kuralların (Vur-kaç girişler ancak, pazara anında ve maliyetsiz giriş ve çıkışların söz konusu olduğu durumlarda geçerlidir.) varlığı gerekmektedir. Bununla birlikte yarışmacı pazar kavramı, ekonomik literatürdekinden daha geniş bir anlama sahip olarak, hukuk jargonuna da girmiştir. Genel bir ifadeyle hukuksal anlamda, potansiyel rekabetin pazardaki mevcut teşebbüslerin rekabetçi davranışları üzerinde önemli miktarda kısıtlayıcı bir etki yarattığı durumlar için yarışmacı pazar kavramı kullanılmaktadır. Bu durumda, pazara girişler nispeten kolay olmakta ve önemli miktarda batık maliyet gerektirmemektedir. Pazara girişler ne kadar zorsa, potansiyel rekabetin pazar gücünü azaltıcı bir unsur olarak getireceği etki de o kadar düşük olacaktır (Bishop ve Walker 1999, 42).

⁴⁹ **Bu kavramlar Birleşik Devletler antitröst mevzuatında (Merger Guidelines), “committed entry” ve “uncommitted entry” olarak geçmektedir.**

⁵⁰ Batık maliyetler, Faull ve Nikpay (1999) tarafından: *"pazara girişte katlanılması gereken fakat çıkışta kaybedilen maliyetler"* olarak tanımlanmıştır. Benzer bir şekilde, söz konusu kavram için Cook ve Kerse (2000, 159): *"girişin başarılı olmaması durumunda tekrar kazanılamayan harcamalar"* ifadesini kullanmıştır.

- Ticarete konu olan ürünlerin alım satımının büyük miktarlarda ve/veya uzun dönemli yapıyor olması veya mevcut teşebbüslerin pazara yeni girişler karşısındaki tepkilerinin yavaş olması,

koşullarıdır (Oldale 2000, 345-346).

Uzun dönemli girişler ise daha normal tür girişler olarak nitelendirilmektedir. Bu tür girişler önemli miktarda batık maliyet (reklam, araştırma-geliştirme harcamaları, geri satılmaz teçhizat alımı, vs.) içermekte ve sadece pazarda uzun süreli kalma niyetinde olan teşebbüsler tarafından gerçekleştirilmektedir (Bishop ve Walker 1999, 156).

Uzun dönemli girişlerin, rekabet otoritelerince yoğunlaşma sonrası fiyat artırımını caydırıcı yönde değerlendirilebilmesi için, pazardaki etkilerinin nispeten kısa sürelerde görülebiliyor olması gerekmektedir. Bu süre Birleşik Devletler Birleşme Rehberi'nde iki yıl olarak öngörülmüştür (Söz konusu rehberde, girişlerin pazar gücüne ulaşılmasında karşı güç olarak değerlendirilebilmesi için zamanında, yerinde ve yeterli olması (timely, likely, sufficient) gerektiği ifade edilmektedir.).

Bishop ve Walker (1999, 156) tarafından bu iki yıllık sürenin salt pazara girişleri değil, aynı zamanda pazardaki fiyatları etkileme süresini de içine alması gerektiği belirtilmektedir.

4.1.4.1. Pazara Giriş Engelleri

Giriş engelleri, büyük pazar payına sahip teşebbüslerin pazar gücüne sahip olmaları ve bunu tekeli kâra dönüştürmelerinde önemli bir yer tutmaktadır.

Giriş engellerinin, Bain'in (1956) ifadesiyle: "*pazarda faaliyet gösteren firmaların potansiyel giriş yapacak firmalar üstünde, yeni girişleri cezbetmeden fiyatları rekabetçi seviyelerin üzerine yükseltebilmelerini sağlayacak avantajlar*" şeklinde tanımlanması mümkündür.

Öte yandan, giriş engelleri kavramı için Stigler (1968) tarafından, "*pazara yeni gireceklerin katlanmak zorunda olduğu ve fakat pazardaki firmalar için söz konusu olmayan maliyetler*" tanımı getirilmiştir.

Gerek Bain gerekse Stigler tarafından yapılan giriş engelleri tanımları, günümüzde rekabet otoriteleri tarafından giriş engeli olarak adlandırılan unsurların belli yönlerini kapsamaktadır⁵¹. Söz gelişi, üretime başlamak için çok büyük yatırım harcamalarını Stigler'e göre bir giriş engeli olarak tanımlamak

⁵¹ Söz konusu kavramın varlığı için Gilbert (1989): "bir firmanın pazarda yer almasının getirdiği ekstra kar" tanımını kullanılmıştır.

mümkün değildir, çünkü bu harcamalar pazarda aktif olarak faaliyet gösteren firmalar tarafından da gerçekleştirilmiştir. Bu bağlamda, Bain'in tanımından yola çıkarak yüksek oranlı ölçek ekonomilerini bir giriş engeli şeklinde düşünmek yanlış olmayacaktır.

Giriş engellerini, yasal ve ekonomik giriş engelleri olmak üzere iki ana başlık altında incelemek mümkündür.⁵²

4.1.4.1.1. Yasal Giriş Engelleri

Yasal giriş engelleriyle ilgili olarak Aslan (1992, 198) tarafından: *“patent, marka, lisans hakları gibi kanunlarla korunan haklar en açık giriş engellerini oluşturmaktadır. Bunların giriş engeli olması korundukları bölgede başka ikame malları olmamasına bağlıdır”* denilmektedir. Ayrıca devlet tarafından yaratılmış sınırlamalar da (lisanslar, işletim hakları, kotalar, vs.) yasal giriş engelleri olarak nitelendirilmektedir.

Öte yandan konuyla ilgili olarak Öz (2000, 111): *“bir anlayışa göre, yalnız yasal engellerin olduğu veya hammadde temininin mümkün olmadığı durumlarda, pazara giriş engelinden söz edilebileceği belirtilmiştir”* yorumunu Wish'e (s. 263-264) atıfta bulunarak yapmıştır.

⁵² 1994 tarihli “Birleşik Krallık Rekabet Politikasında Giriş ve Çıkış Engellerinin Değerlendirilmesi” (The Assessment of Barriers to Entry and Exit in UK Competition Policy) başlıklı Office of Fair Trading araştırma raporunda, giriş engellerinin tanımlanmasına ve değerlendirilmesine ilişkin çok ayrıntılı çalışmalara yer verilmiştir. Bu incelemede pazara giriş engelleri, mutlak giriş engelleri ve mevcut firmaların stratejik avantajları olmak üzere iki ana bölümde gruplandırılmıştır. Zorunlu girdilere, özel ya da avantajlı şartlarda ulaşım ilk grup engel içerisinde düşünülmektedir. Bu bağlamda, patent yahut devlet tarafından sınırlı sayıda verilen bir işletim hakkı, mutlak giriş engelleri içerisinde yer alacaktır. Öte yandan diğer tür engeller, pazardaki mevcut firmalar ile yeni girecekler arasındaki asimetriden kaynaklanmaktadır. Genel bir ifadeyle, fazla kapasiteye ya da araştırma-geliştirmeye yatırım yapmak, mevcut firmaların oyunun kurallarını belirlemeleri kapsamında açıklanan bu engeller içerisinde sayılabilir.

Giriş engelleri *Lipsey, Steiner ve Purvis* tarafından doğal engeller (natural barriers) ve sonradan yaratılan engeller (created barriers) olmak üzere, iki ana başlık altında incelenmiştir. Bu sınıflandırmada, ölçek ekonomisinin sonucu olarak ortaya çıkan engellerle, üretim maliyetinin ortaya çıkardığı engeller, doğal engeller olarak değerlendirilmiştir. Sonradan yaratılan giriş engelleri ise, patent, marka hakkı gibi sınai mülkiyet hakları, kanuni tekeller veya ithalat kısıtlamaları gibi, devletin yapacağı yasal düzenlemeler sonucunda ortaya çıkan engeller olarak tanımlanmıştır (Öz 2000, 113).

Öte yandan, giriş engellerini üç ana başlık altında toplayan tanımlar da mevcuttur. Cook ve Kerse (2000, 159)'ye göre giriş engellerini, mevcut firmaların potansiyel giriş yapacaklara göre sahip oldukları mutlak avantajlar (absolute advantages enjoyed by incumbent over a potential entrant), mevcut firmaların stratejik avantajları (strategic advantages of an incumbent) ve mevcut firmaların dışlayıcı uygulamaları (exclusionary practices of incumbents) şeklinde gruplamak mümkündür.

4.1.4.1.2. Ekonomik Giriş Engelleri

Bu tür engeller, gerek pazar yapısı, ürün özellikleri, batık maliyetin derecesi, gibi yapısal unsurlardan gerekse mevcut firmaların stratejik davranışlarından (fazla kapasite yaratma, fiyatlandırma, vs.) kaynaklanabilmektedir. Bu bölüm altında önemle belirtilmesi ve üzerinde durulması gereken engellerin ölçek ekonomileri, ilk yüksek yatırım maliyetleri, batık maliyetler, talep durumu, marka tanınırlığı ve bağımlılığı olduğu düşünülmektedir.

Ölçek ekonomileri (scale economies) kavramı genel bir ifadeyle, bir ürünü minimum maliyetle üretmek için ne miktarda bir üretim yapmak gerektiğini ifade etmektedir. Eğer bu miktar toplam talebe oranla yüksek bir düzeydeyse, o zaman pazar fazla sayıda üretici kaldıramaz demektir. Böyle durumlarda pazara yeni girişler kolay olmayacaktır. Öte yandan, pazara yeni giriş yapacakların önünde, halihazırda faaliyet gösteren firmalara göre, başlangıç seviyesinde düşük miktarda üretim yapmak, belli girdileri dezavantajla sağlayabilme (Özellikle zorunlu girdilere ulaşmadaki avantajlı konum yahut sahip olunan özel haklar başlı başına önemli bir giriş engeli olarak düşünülebilir.) ve belli oranda öğrenme etkisinin (learning effect) eksikliği, önemli giriş engelleri olarak kabul edilmektedir.

Burada, pazara giriş kararı verecek potansiyel rakiplerin değerlendirmesi gereken bir konu da, pazarda giriş sonrası fiyat seviyesinin ne olacağıdır. Bu değerlendirmede, yeni girişle artacak arz miktarından mevcut teşebbüslerin bu girişe tepkilerine (Mevcut firmalar yeni girişe tepki olarak fiyatlarını saldırgan bir biçimde aşağı çekme ya da reklam harcamalarını artırma gibi pek çok önleme başvurabilir.), pazardaki kapasite fazlalıklarından ürünün talep esnekliğine kadar pek çok unsur göz önüne alınmalıdır.

Söz gelişi, pazara giriş yapacak teşebbüs şöyle bir ikilemle karşı karşıya kalabilecektir. Firma minimum etkin ölçekten (Minimum Efficient Scale) küçük miktarda üretim yaparsa, mevcut firmalara göre maliyet dezavantajına sahip olacak, yok eğer söz konusu ölçekte çalışırsa hem fiyatlar hem de kârlılığı düşecektir (Cook ve Kerse 2000, 159).

Bir diğer önemli giriş engeli de batık maliyetlerin (sunk cost) yüksek olmasıdır. Batık maliyetler, başarılı olunamaması durumunda pazardan çıkışta tamamıyla ya da büyük oranda kaybedilmek zorunda kalındığından, giriş kararlarının değerlendirilmesinde önemli bir unsur olmaktadır. Örneğin, müşteri bağlılığı elde etmek için yapılması gerekli reklam harcamaları, pazardan çıkışta, oluşturulan markanın satılmasıyla önemli miktarda elde edilecek bir gelir sağlamıyorsa, batık maliyet olarak düşünülmektedir.

İlgili pazarın hangi evrede olduğu⁵³ hususu da bazı durumlarda pazara giriş engeli olarak nitelendirilebilir. Şöyle ki; pazardaki talebin doymuş olması ya da düşüş evresinde bulunması, sağlıklı bir biçimde yeni girişlerin olabilmesi bir tarafa, pazardaki mevcut teşebbüslerin bir bölümünün pazardan çekilmesini gerektirebilir. Bu itibarla pazarın söz konusu evrelerde bulunması bir giriş engeli olarak nitelendirilebilmektedir. Gelişmekte olan bir piyasada yeni girişler, fiyatların ve dolayısıyla kârlılığın büyük oranda azalmasına yol açmaması halinde, daha çekici olabilecektir.

Öte yandan, pazarın doymuş ve üretim kapasitesinin az olduğu veya teknolojiye ilerlemenin beklenmediği bir ilgili pazar, başka bir coğrafi pazarda aynı ürünü üreten teşebbüsler için bile çok sınırlı avantajlar sağlayacaktır (Fine 1996, 220).

Pazardaki marka tanınırlığı ve bağımlılığı da (brand recognition - brand loyalty) özellikle tüketici malı pazarlarında oldukça önemli bir giriş engeli kabul edilmektedir. Pazarda uzun yıllar boyunca gerek reklam, gerek kaliteli ürünler vs. ile marka imajının yaratılmış olması, pazara yeni girişler için gerçekten önemle dikkate alınması gereken bir husustur. Pazara yeni girecek ürünün tercih edilmesini sağlayacak üstün kalite, ucuz fiyat gibi özelliklerinin olması dahi, tüketici tercihlerini yüksek marka bağımlılığı olan pazarlarda değiştirmekte zorlanacaktır.

Yukarıda en önemli ve en sık kullanılan pazara giriş engellerine örnek olarak gösterilenler haricinde de rekabet otoritelerince seyrek de olsa giriş engeli olarak nitelendirilen unsurlar bulunmaktadır. Bununla birlikte, hızla değişen

⁵³ Pazar yaşamsal çevirim evreleri (market life cycle stages) dört tanedir. Bunlar, başlangıç (introduction), gelişme (growth), olgunluk (maturity) ve düşüş (decline) olarak tanımlanmaktadır. Bu dört evrenin, pazar büyümesi, teşebbüslerin fiyatlama politikaları, pazara giriş-çıkış yoğunluğu ve rekabetin yapısı bakımından sergiledikleri bazı özellikler ise şu şekildedir (Dess ve Miller 1993, 125).

	<u>Başlangıç</u>	<u>Gelişme</u>	<u>Olgunluk</u>	<u>Düşüş</u>
Büyüme	Hızlı, küçük ölçek	>GSMH	<=GSMH	Azalan
Fiyatlama	Fiyatlar yüksek ama değişken	Rekabetin artması ve maliyetlerin azalması ile hızlı fiyat düşüşü	Yavaş fiyat düşüşü	Denge
Giriş-Çıkış	Birkaç öncünün pazarı keşfetmesi	Pazara hızlı girişler	Büyüme yavaş, pazardan çıkışlar	Kalan az sayıda firma
Rekabet	Sınırlı	Büyümenin rakiplerin başarısını saklaması	Yüksek	Çıkışlardan sonra rekabet

ekonomi, bugün adı bile duyulmayan değişkenleri birgün pazara giriş engeli olarak karşımıza çıkartabilecektir.

4.1.4.2. 4054 Sayılı Kanun'da Potansiyel Rekabet ve Pazara Giriş Engelleri

AB Rekabet Mevzuatı'nda olduğu gibi 4054 sayılı Kanun ve ilgili düzenlemelerinde de "potansiyel rekabet ve pazara giriş engelleri" hakim durum analizlerinde değerlendirilmesi gereken hususlar arasında gösterilmektedir. Buna paralel olarak söz konusu husus, Rekabet Kurulu'nun karara bağladığı pek çok yoğunlaşma davasında, hakim durum yaratılmadığına hükmedilen olaylarda en büyük karşı tezlerden birisi olarak kullanılmıştır.

Bu çerçevede *Metro/Migros*⁵⁴ davasında Rekabet Kurulu, perakende sektöründen büyük ölçekli firmaların aldıkları payın gittikçe artan bir trend göstermesini potansiyel rekabetin varlığının işareti olarak değerlendirmiştir. Yine perakende sektöründe gerçekleşen iki yoğunlaşma incelemesinde (*Fiba/Karabatak*⁵⁵ ve *Fiba/Endi*⁵⁶), gıda ağırlıklı perakende satış sektörünün hızlı büyüyen bir görünüm sergilemesi ve piyasaya girmek isteyen yerli ve yabancı grupların olması hususları irdelenmiştir.

Eczacıbaşı topluluğuna bağlı Eczacıbaşı Yatırım Holding A.Ş. ve Eczacıbaşı Holding A.Ş. tarafından EBS Eczacıbaşı Banyo Küvetleri San. ve Tic. A.Ş.'nin % 50'sinin American Standart Companies'den devralınması suretiyle ortak bir kontrolden tek kontrole geçiş işlemi (*Eczacıbaşı/American Standart*), ilgili ürün pazarlarından akrilik banyo küvetleri pazarının tahlilinde, özellikle pazara giriş engelleri ve potansiyel rekabet konularında, nispeten ayrıntılı sayılabilecek hususlara değinilmiştir. Bu itibarla anılan kararda,

" ...akrilik banyo küvetleri pazarı, yıldan yıla ortalama % 20-30 büyüyen, doymamış bir pazar olup bu durum, pazara yeni firmaların girmesi konusunda pazarı cazip hale getirmektedir. Pazara girişte herhangi bir yasal ve finansal engel bulunmamaktadır. Akrilik banyo küvetlerinin kolay ve fazla yatırım gerektirmeyen bir üretim sürecinde üretiliyor olması da, pazara girişte finansal bir engel olmadığını göstergesidir. 1991 yılında EBS Eczacıbaşı Banyo Küvetleri San. ve Ticaret A.Ş.'nin ilk üretime

⁵⁴ Karar Tarihi: 19.03.1998, Karar Sayısı: 57/424-52. Bu davada Rekabet Kurulu tarafından, Metro AG-Migros Türk T.A.Ş. ortak girişim işlemlerine, söz konusu ortak girişim anlaşması yürürlükte kaldığı sürece, her iki ana şirketin (Metro-Migros) ortak girişimle beraber aynı coğrafi pazarda doğrudan veya dolaylı ilgili ürün piyasasına girmemesine; bir başka ifadeyle, Metro AG veya Migros Türk T.A.Ş.'den ancak birinin ortak girişimle Türkiye'deki herhangi bir il veya ilçe merkezindeki ilgili ürün piyasasında faaliyet gösterebilmesi koşuluyla izin verilmesine karar verilmiştir. Bu itibarla, söz konusu dava Türk Rekabet Hukuku'nda koşullu olarak izne tabi olan ilk davadır.

⁵⁵ Karar Tarihi: 10.02.2000, Karar Sayısı: 00-6/52-24.

⁵⁶ Karar Tarihi: 30.11.1999, Karar Sayısı: 99-55/583-370.

başlamasıyla oluşan bu pazarda şu anda yaklaşık 10 firmanın üretim yapıyor olması da, pazara girişin kolay ve potansiyel rekabetin yoğun olduğunun bir kanıtıdır. Potansiyel rekabetin yoğun olduğu bir pazarda, şirketlerin pazar payı da değişkendir ve bir hakim durum oluşması zordur. Bu doğrultuda, EBS Eczacıbaşı Banyo Küvetleri San. ve Ticaret A.Ş.'nin % ...'lik pay ile ilk sırada yer alması, dağıtım kanallarının güçlü olması gibi unsurların yanısıra, piyasada çok sayıda ve güçlü rakiplerin varlığı ve potansiyel rekabetin yoğun olması EBS'nin müşteri ve rakiplerinden bağımsız şekilde ekonomik parametreleri belirleyebilme gücünün olmadığını göstermektedir..."

ifadeleri yer almaktadır.

Pazarın hızlı büyümesinin, yeni girişleri cezbederek mevcut teşebbüsler üzerinde rekabetçi bir baskı yaratması hususunun göz önüne alındığı bir başka dava da, *Cisco/IBM* davasıdır. Anılan davada, network (ağ) sektörünün her yıl ortalama % 30-40 oranında büyümesinin pazara yeni girişleri teşvik edeceği argümanı kullanılmakta ve ayrıca aktif ürünlerde belirli standart özelliklerin aranması gibi müşteri davranışlarının da pazara girişleri, özellikle küçük ve esnek yapıdaki firmalar için kolaylaştırmakta olduğu, bu itibarla giriş engeli gibi görülen patent ve lisansların öneminin azaldığı belirtilmektedir. Bu çerçevede söz konusu dava, bilindiği kadarıyla Türk Rekabet Hukuku'nda "alıcı taleplerinin" pazara giriş engeli değerlendirmesinde kullanıldığı ilk ve tek davadır.

Yine benzer bir şekilde *Borusan/Mannesmann* davasında Rekabet Kurulu tarafından, son beş yılda ilgili pazarın alt sektörlerine çok sayıda firmanın giriş yaparak varlıklarını sürdürmesi, pazara girişleri engelleyici ya da sınırlayıcı hukuki kısıtlamaların olmaması ve ilgili üründe yoğun bir rekabetin olduğu AB'den yapılacak ithalatta vergilerin sıfırlanmış olması gibi hususlar, tesisat/hat ve özel boru alt pazarlarında, rekabeti önemli ölçüde kısıtlayabilecek bir şekilde hakim durum yaratılması potansiyelini taşıdığı ifade edilen yoğunlaşmaya izin verilmesinde en büyük destekleyici unsurlar olarak dikkate alınmıştır.

Ayrıca *SEKA-Dalaman/Mopak* kararında Rekabet Kurulu, Mopak Kağıt Karton San. ve Ticaret A.Ş.'nin Türkiye Selüloz ve Kağıt San. A.Ş.'ye ait (SEKA) Dalaman İşletmesi'ni özelleştirme yoluyla devralmasıyla sülfat ve viskaz selüloz üretiminde yurtiçindeki tek büyük üretici konumuna gelmesini, ilgili pazardaki ithalatın büyük boyutlarda olması nedeniyle hakim durum yaratıcı olarak görmemiştir.

Öte yandan Kurul'un *İGSAŞ/Toros Gübre* kararı, pazara giriş engellerinin yüksekliğinin hakim durum yaratılması olgusunu kuvvetlendirmesi bağlamında farklı bir örnek oluşturmaktadır. Söz konusu kararda, ithalatın kolay olmaması (Karar'da toplam mamul gübre ithalatının % 70'inin yine üreticiler

tarafından yapıyor olduğu ve bayi konumundaki ya da diğer teşebbüslerin ithalat olanaklarının sınırlı olduğu ifade edilmektedir.), geniş bir dağıtım ağının olması (dikey bütünleşme) ve marka tanınırlığı gibi unsurlar pazara giriş engeli olarak nitelendirilmiştir.

Yukarıdaki ifadelerden de anlaşılacağı üzere, "son yıllarda pazara yeni girişlerin olmasının" (ve hatta bu çerçevede giriş yapan teşebbüslerin faaliyetlerini halen sürdürüyor olmaları) pazara giriş engellerinin bulunmadığı ya da çok düşük olduğu düşüncesini uyandırdığı ve bu anlamda potansiyel rekabet olgusunun hakim durum yorumuna gidilmesi önünde büyük bir engel teşkil ettiği, Kurul tarafından kabul görmektedir. Ancak bu kapsamda özellikle, "pazara yeni girişlerin olması" konusunun, pazarda rekabetçi bir yapının bulunduğunu gösterdiği önyargısına işaret eder gibi görülebilmektedir. Nitekim, 1997/1 sayılı Tebliğ ekinde yer alan "Rekabet Kurumu Başkanlığı Birleşme ve Devralmalar Hakkında Bildirim Formu"nun "Pazar Koşulları ve Potansiyel Rekabete İlişkin Bilgiler" başlıklı beşinci bölümünün ikinci maddesinde, son beş yıl içerisinde, tarafların faaliyet gösterdiği coğrafi alanda ilgili ürün pazarına yeni giren herhangi bir teşebbüsün olup olmadığı sorulmaktadır. Genel olarak bu düşünce kendi mantığı içerisinde doğru olmakla birlikte (ceteris paribus), tersi durumların, yani uzun yıllar pazara yeni girişlerin olmamasının, pazara giriş engellerinin yüksekliğinden kaynaklandığı ve bu itibarla pazarda hakim durumda teşebbüslerin bulunmasının muhtemel olduğunun, mutlak anlamda kabul edilmesi yanlış sonuçlara yola açabilecektir. Şöyle ki; pazara yeni girişlerin olmaması pekala pazarda zaten rekabetçi bir yapının bulunmasından kaynaklanabilir. Böyle bir ortamda, her ne sebepten kaynaklanırsa kaynaklansın, fiyatların rekabetçi fiyatlar seviyelerinde seyretmesi yeni giriş yapacaklar için caydırıcı bir unsur olacaktır. Doğaldır ki; hiç bir teşebbüs, kıran kırana bir rekabetin olduğu, fiyatların ancak maliyetleri karşılayabildiği bir pazara giriş yapmak için hevesli olmayacaktır.

4.1.4.3. Potansiyel Rekabet ve Pazara Giriş Engelleri Konularında AB Uygulamaları

Potansiyel rekabet ve pazara giriş engelleri olguları AB bünyesinde, gerek üye devletler rekabet otoriteleri gerek Komisyon ve gerekse Adalet Divanı (Court of Justice) ve Ridayet Mahkemesi (Court of First Instance) tarafından hakim durum değerlendirmelerinde sıkça kullanılan argümanlardır. Rekabet mevzuatımıza göre oldukça uzun bir geçmişe ve dolayısıyla zenginliğe sahip AB uygulamaları bu bağlamda da ülkemiz uygulamalarına kaynak teşkil eder niteliktedir.

Burada konuyla ilgili AB örnek davalarına geçmeden önce potansiyel rekabetin zaman boyutuna değinilmesinin yerinde olacağı düşünülmektedir.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, Birleşik Devletler uygulamalarında potansiyel rekabetin hakim durum analizlerinde bağlayıcı bir unsur olarak değerlendirilebilmesi için, potansiyel rakiplerin piyasaya girmeleri ve bununla birlikte fiyatları etkileyebilmeleri için maksimum 2 yıllık bir sürenin varlığı öngörülmektedir. Bununla birlikte, AB mevzuatında söz konusu süreye ilişkin bir hüküm bulunmamakla beraber, oluşan içtihatlarla bakıldığında, normal şartlarda Komisyon'un bir yıldan daha uzun süre alacak muhtemel pazar girişlerini potansiyel rekabet baskısı bağlamında değerlendirmelerinde dikkate almadığı görülmektedir (Faull ve Nikpay 1999, 245).

Bu çerçevede, *Mercedes-Benz/Kassbohrer*⁵⁷ kararında Komisyon, Alman otobüs pazarına giriş aşamasında olan Volvo ve Renault firmalarının varlığını (ki bu giriş için kısa bir süre öngörülmüştür) ciddi derecede potansiyel rekabetin varlığına işaret eder nitelikte bulmuştur. Öte yandan, *Saint Gobain/Wacker Chemie/NUM*⁵⁸ davasında, Çin ve Doğu Avrupa menşeli üreticilerin AB silikon carbide pazarlarına girişleri için uzun yıllar öngörülmüş olması itibarıyla, bu üreticilerin potansiyel varlıklarının ilgili pazardaki rekabet üzerinde etkin olmadığı sonucuna varılmıştır.

*ITS/Signode/Titan*⁵⁹ davası da, pazardaki mevcut rekabetin yanısıra potansiyel rekabetin de dikkate alındığı davalardan birisi olmuştur. Konuyla ilgili yapılan ilk incelemelerde söz konusu yoğunlaşma ile ulaşılabilecek pazar payı bağlamında, çelik sargı pazarındaki rekabetin önemli ölçüde engellenmesine yönelik hakim durum yaratıcı yapılanma olasılığının hasıl olması üzerine, Komisyon tarafından incelemenin derinleştirilmesi kararı alınmıştır. Ancak yapılan daha detaylı araştırmalarda, çelik sargının plastik sargıyla etkin bir şekilde ve kayda değer bir maliyet farkı olmaksızın ikame edilebildiği tespit edilmiştir. Tarafların bu yoğunlaşma ile ilgili coğrafi pazarda ulaşacakları pazar payları % 40 civarında olmaktadır. Bununla birlikte, çelik sargı pazarına giriş yapmanın oldukça zor olduğu ancak plastik sargı pazarında önemli giriş engelleri bulunmadığı ve bu ürüne olan talebin artmakta olduğu belirlenmiştir. Bu itibarla Komisyon, yoğunlaşma sonrası çelik sargı pazarında önemli sayılabilecek bir pazar payına ulaşacak yeni teşebbüsün fiyatları yükseltme girişiminin plastik sektöründeki potansiyel rekabet ile etkili olamayacağı nedeniyle, işleme izin vermiştir.

Yasal giriş engelleri ile ilgili Komisyon kararlarında en çok göze çarpan davalardan birisi *Tetra Pak/Alfa-Laval*⁶⁰ davasıdır. Bu davada, Tetra Pak'ın Avrupa Ekonomik Toplulukları (EEC) aseptik karton doldurma makineleri

⁵⁷ IV/M477[1995] OJ L211/1.

⁵⁸ IV/M774 (1996) [1997] OJ L247/1.

⁵⁹ IV/M.970.

⁶⁰ IV/M.68 (1991).

pazarında hakim duruma geleceği yönünde karar verilmiştir. Kararda, şirketin yüksek pazar payının yanısıra, sahip olduğu çok sayıdaki patent hakkının potansiyel girişler için bir engel teşkil ettiği belirtilmiştir. Öte yandan Komisyon, *Accor/Waggons-Lits*⁶¹ davasında, Fransız yasal düzenlemelerini yabancı servis sağlayıcılarının otoban servis hizmetleri pazarında faaliyette bulunmasını engelleyici bir unsur olarak nitelendirmiştir.

Yüksek batık maliyetlerin pazara giriş engeli teşkil edeceğinin açık bir şekilde tartışıldığı ilk davalardan olan *United Brands* kararında (Anılan davada 82'nci madde kapsamında bir inceleme yapılmış olmakla birlikte, tanımlanan kavram Birleşmeler Tüzüğü'ndeki amaca yönelik olarak da kullanılabilir biçimdedir.) Adalet Divanı tarafından,

“Muz üretimi için gerekli tesislerin kurulması ve işletilmesi için gerekli sermayenin çok yüksek olması, pazardan yeterince pay alınması için gerekli dağıtım ağlarının kurumundaki masraflar, çok büyük reklam kampanyası harcamaları gibi, başarısız olunması halinde geri kazanılması mümkün olmayan ve büyük finansal riskler içeren maliyetler, rakiplerin pazara girmesinde özel engeller teşkil etmektedir.”

denilmektedir.

Batık maliyetlerin pazara giriş engellerinden birisi olarak tartışıldığı bir dava da, *de Havilland* davasıdır. Bu olayda, Avrupa'nın ve Dünya'nın en büyük bölgesel uçak üreticisi olan Aerospatiale ve Alenia, ilgili pazardaki ikinci büyük üreticiyi satın almak amacıyla Komisyon'a izin başvurusunda bulunmuştur. Havacılık endüstrisi ekipman, üretim tesisi ve uçakların tasarımlarının değişimi bakımından yüksek batık maliyet içeren bir yapı sergilemektedir. Yapılan incelemeler neticesinde Komisyon, ne tip bir uçağın üretileceğine karar vermek için pazar araştırmaları yapılmasının gerektiği ve bunun için iki ila üç yıl, projenin başlangıcından üretim ve dağıtım aşamasına kadarki toplam süreç için de, altı ila yedi yıl arasında bir süreye ihtiyaç duyulduğu tespit edilmiştir. Bu değerlendirmede, Dünya'daki potansiyel rakipler belirlenmiş ancak araştırma ve geliştirme faaliyetleri ve tasarım değişimi için ek yatırım gereksiniminin pazara yeni girişleri mümkün olmaktan çıkardığı sonucuna ulaşılmıştır.

Bunların haricinde Komisyon pek çok farklı unsuru pazara giriş engeli olarak değerlendirebilmektedir. Bunlardan bazıları; *Guinness/Grand Metropolitan*⁶² ve *Tetra Pak/Alfa-Laval* davalarında marka tanınırlığı ve müşteri bağımlılığı, *Mannesmann/Vallourec/Ilva*⁶³ davasında kotalar, *Kali und Salz*⁶⁴ davasında müşteri tercihleri, *Shell/Montecatini*⁶⁵ davasında fikri mülkiyet

⁶¹ IV/M.126 (1991).

⁶² IV/M.938 (1997).

⁶³ IV/M.315 (1993).

⁶⁴ IV/M.308 (1993).

⁶⁵ IV/M.269 (1994).

hakları, *Kesko/Tuko* davasında ise dağıtım ve servis ağları konularıdır. Şüphesiz ki, burada sayılan ya da sayılmayan unsurlar sadece bugüne kadar geçen sürede incelenen davalarda karşılaşılan örneklerdir ve pazara giriş engelleri bağlamında mutlak anlamda bir liste teşkil etmemektedir.

Son olarak, AB bünyesinde Birleşik Krallık Rekabet Komisyonu tarafından yarışmacı pazarlar teorisinin (contestable market theory) gerçek manada değerlendirildiği ve kararın ana dayanak noktasını oluşturduğu bir dava olan, *North Sea Helicopter Services* davasından söz edilmesinin yerinde olacağı düşünülmektedir. Pazara giriş-çıkış engellerinin olmadığı ve batık maliyetlerin de ya hiç bulunmadığı ya da çok düşük seviyelerde olduğu varsayımları altında tanımlanan tam anlamıyla yarışmacı pazarların çoğu zaman gerçek hayatta var olmadığı düşünülmektedir. Anılan kararda Birleşik Krallık Rekabet Komisyonu, Kuzey Denizi'nin Birleşik Krallık egemenliğindeki kuzey bölgesi gaz ve offshore helikopter servisleri pazarında faaliyet gösteren CHC Helicopter Corporation'ın (Brintel) Helicopter Services Group ASA'nın yavru şirketini (Bond Helicopters Ltd.) satın almasını, işlem sonrasında pazarda sadece iki sağlayıcı (duopol) kalmasına rağmen, pazarın yarışmacı pazar olması itibarıyla, kamu çıkarlarına aykırı bulmamış ve satışa onay vermiştir. Söz konusu kararda ayrıca Rekabet Komisyonu tarafından, pazara giriş olmamasının giriş engellerinden ziyade rekabetçi fiyatların göstergesi olduğu ifade edilmiştir.

4.1.5. Yoğunlaşmaya Taraf Olan Teşebbüslerin Özellikleri

Yoğunlaşmalara ilişkin hakim durum analizlerinde değerlendirilen konulardan birisi de taraflara pazarda avantaj sağlayacak özelliklerdir. Bu özellikleri, dikey bütünlük, teknolojik üstünlük, ürün yelpazesinin genişliği ve finansal güç başlıkları altında toplamak mümkündür.

Dikey bütünlük, üretim zincirinin aşağısındaki ya da yukarısındaki faaliyetleri de gerçekleştirme anlamına gelmektedir. Yani, geriye doğru hammadde kaynaklarının temini ya da ileriye doğru perakende faaliyetlerinin şirket bünyesine alınması dikey bütünlüğü ifade etmektedir. Hammadde temininden perakende satışa kadar tüm faaliyetlerin aynı çatıda toplanması ise tam dikey bütünleşmeyi tanımlamaktadır. Dikey bütünleşme, özellikle rakipler ya da pazara yeni giriş yapacaklar açısından pazarları kapatma etkisi (foreclosure effect) taşıdığından hakim durum göstergesi sayılabilmektedir. Gerçekten de en büyük ve önemli hammadde sağlayıcısını satın alan bir teşebbüs potansiyel ya da gerçek rakiplerini hammadde temininde sıkıntıya sokabilecektir. Ya da özellikle dağıtım faaliyetlerinin çok önemli olduğu basın-yayın ya da tüketici malları sektörlerinde dağıtım kanallarına sahip olan bir sağlayıcı, bir anlamda diğer teşebbüsler için pazara girişleri kapatmış sayılacaktır.

Yoğunlaşmalar ile hakim duruma gelinmesinin göstergelerinden birisi de kuşkusuz rakiplere oranla *teknolojik üstünlüğe* sahip olmaktır. Özellikle teknolojik unsurların ürün üzerinde büyük etkisinin olduğu pazarlarda teknolojik üstünlüğe sahip olmak büyük bir avantaj yaratacaktır.

Öte yandan yoğunlaşma neticesinde söz konusu teşebbüs, rakiplerinden ve müşterilerinden bağımsız hareket etme gücünü artıracak şekilde, daha geniş bir ürün yelpazesine sahip olabilir (Fine 1996, 214). Birbirleriyle tamamlayıcı ilişki içerisinde olan ya da aynı üretim faaliyetinin farklı basamaklarında kullanılan ürünleri de portföyüne katmak, teşebbüse bir segmentte sahip olduğu gücün nispeten zayıf olduğu diğer segmentlere sirayetini olanak sağlayabilmektedir.

Taraf teşebbüslerin sahip oldukları *finansal gücün* (Ülkemiz için bu güç "kontrol" mantığı çerçevesinde özellikle, büyük grupların, bankaların, vs. varlığı olabilmektedir) özellikle ürün ağının geliştirilmesinde ve ucuz finansman kaynağı sağlanmasında rakipleri karşısında sağlayacağı avantajlar açıktır. Bu itibarla, yüksek pazar payıyla birlikte tarafların arkasında bulunan büyük finansal güç, hakim duruma gelinmesinde önemli göstergelerden sayılabilmektedir.

4.1.5.1. 4054 Sayılı Kanun'da Hakim Durum Analizlerinde Yoğunlaşmaya Taraf Teşebbüslerin Özelliklerine İlişkin Örnekler

Bu konuya ilişkin olarak 1997/1 sayılı Tebliğ'in 6. maddesinde, Rekabet Kurulu'nun Kanun'un 7. ve müteakip maddeleri çerçevesinde birleşme ve devralmaları değerlendirmesinde; "*...İlgili teşebbüslerin ekonomik ve mali güçleri...arz kaynaklarına veya pazarlara giriş olanakları...göz önünde tutulur...*" denilmektedir. Bu maddede belirtilen arz kaynaklarına yahut pazarlara giriş olanakları hususunu, taraf teşebbüslerin dikey bütünleşmesinin getireceği sonuçlar kapsamında düşünmek mümkündür (Yukarıda teşebbüslerin özellikleri olarak sunulan unsurların varlığı, bir anlamda pazara giriş engelleri olarak da nitelendirilebilir). Kaldı ki bu hükümde söz edilen unsurlar sadece örnek niteliğinde olup mutlak anlamda sınırlayıcı değildir.

Bu bağlamda, *Eczacıbaşı/American Standart* kararında, EBS Eczacıbaşı Banyo Küvetleri San. Tic. A.Ş.'nin Eczacıbaşı Topluluğu'na bağlı bir şirket olması dolayısıyla Topluluğun mali yapısının gücünden faydalanmasının şirkete finansal bir üstünlük sağladığı, ayrıca Eczacıbaşı yapı grubu şirketlerinin akrilik banyo ve küvetleri ve bu pazara komşu pazarlardaki ürün yelpazesinin genişliğinin şirkete bazı avantajlar getirdiği hususlarından söz edilmektedir. Bununla birlikte, aynı kararda, Eczacıbaşı Topluluğu'nun yapı malzemeleri dağıtımı konusunda da etkin bir biçimde faaliyet göstermekte olması itibarıyla,

belli oranda dikey bütünleşme sağlanmış olduğu ve bunun da EBS'nin pazar gücünü pozitif yönde etkilediği ifade edilmektedir.

Cisco/IBM davası gerekçeli kararında ise, geleneksel ses ekipmanı üreticisi olan şirketlerin ürün yelpazesinin genişliğinin pazarda sağladığı avantajlardan söz edilmektedir.

4.1.5.2. AB Uygulamalarında Yoğunlaşmaya Taraf Teşebbüslerin Özelliklerine İlişkin Örnekler

Komisyon yoğunlaşmaların değerlendirmesinde, taraf teşebbüslerin yapısal özelliklerini hakim duruma gelmesi ya da hakim durumun güçlendirilmesi bağlamında göz önüne almaktadır. Bu itibarla, *Magnetti Marelli/CEAc*⁶⁶, *Varta/Bosch*⁶⁷ ve *Tetra Pak/Alfa-Laval* davalarında tarafların finansal gücü üzerinde durulmuş, *DuPont/ICI*⁶⁸ davasında ise Komisyon, yoğunlaşma ile rakiplerden çok ileri seviyede bir teknolojiye sahip olunmasını, hakim duruma gelmesi kararının dayanak noktalarından birisi yapmıştır. Bu davada DuPont'un, ICI'nin naylon fiber bölümünü devralması şirkete ileri seviyedeki araştırma-geliştirme faaliyetlerini ve ürün inovasyonunu daha da ileri seviyeye götürmesine neden olacaktır. Yapılan incelemede Komisyon, naylon fiberlerin kullanıldığı halı üretiminde, üreticilerin naylon fiberdeki teknik gelişmelere yüksek oranda bağımlı olduğunu tespit etmiş ve bu durumun da DuPont'un söz konusu üreticilerden bağımsız hareket edebilme gücünü artırdığına karar vermiştir.

De Havilland davasında ise Komisyon, daha geniş bir ürün yelpazesine sahip olmanın rakiplerden ve müşterilerden bağımsız hareket edebilme yeteneğini artırabileceği hususu üzerinde durmuştur. Söz konusu yoğunlaşma işleminde, Havilland'ın ATR ile (Aerospatiale ve Alenia) bir araya gelmesiyle, Dünya'da 20 ila 70 koltuk kapasitesine sahip yolcu uçağı pazarında tüm ürün skalasını üreten tek teşebbüs konumuna geleceği tespit edilmiştir. Bu şekilde geniş ürün portföyüne sahip olunmasının ise (havayollarının gerek bakım masrafları ve gerekse pilot eğitimleri bakımından tüm modeller için aynı üreticiye bağımlı kalma hususu göz önüne alınarak), teşebbüse bir ürün pazarındaki gücünü diğer pazarlara da aktarabilme yeteneği kazandıracığı ve bu itibarla söz konusu faktörlerin ATR/de Havilland birlikteliğinin pazar gücünü rakipler ve alıcılar nezdinde büyük oranda artırabileceği kararına varılmıştır.

⁶⁶ IV/M.43 (1991).

⁶⁷ IV/M.12 (1991).

⁶⁸ IV/M.984 (1997).

4.1.6. Batmakta Olan Firma Savunması (Failing Firm Defence)

Batmakta olan firma (failing firm) argümanı, özellikle yatay yoğunlaşmalarda pazardaki güçlü bir teşebbüsün diğer bir teşebbüsü devralması durumlarında pazar gücünün artırılması karşısında tarafların başvurduğu karşı tezlerden birisidir. Bu tür bir argümanda genellikle, devralınan firmanın zor durumda olduğu, devralmanın gerçekleşmemesi durumunda zor durumdaki firmanın zaten pazardan çekileceği hususları ileri sürülmektedir.

İlgili mevzuatımızda "batmakta olan firma" argümanına ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Öte yandan kaynak AB mevzuatında da bu konuya hiç değinilmemiştir. Söz konusu argüman AB davalarına ilk kez *de Havilland* kararıyla girmiştir. Söz konusu davada taraflar, yoğunlaşma işlemine izin verilmemesi durumunda zaten Havilland'ın varlığının ana işletme Boeing tarafından kademeli olarak sona erdirileceği, bu itibarla her halükârda orta ya da uzun dönemde pazardan bir rakibin eksileceği iddiasında bulunmuşlardır. Ancak, Komisyon tarafların bu argümanlarını; Havilland'ın her durumda pazardan çekileceğine dair somut kanıtların bulunmaması ve ATR'den başka potansiyel alıcıların da olabileceği nedenleriyle kabul etmemiştir. Ancak Komisyon, *Boeing/McDonnell Douglas*⁶⁹ davasında başka mevcut hiçbir uçak üreticisinin Douglas Aircraft Company'i alma konusunda istekli olmadığı ve söz konusu şirketi kullanarak pazara giriş yapmak isteyen bir teşebbüsün bulunmadığı iddialarını kabul etmiştir.

Komisyon'un batmakta olan firma argümanına dayanarak bir yoğunlaşmaya izin verdiği ilk dava ise, Almanya potas pazarında monopol yaratılmasına ve tüm Batı Avrupa'da sadece iki üreticinin kalmasına yol açan *Kali und Salz* davasıdır. Bu değerlendirmede, Birleşik Devletler Birleşme Tüzüğü'nde yer alan batmakta olan firma standartlarına⁷⁰ dayanılarak bir analiz ortaya konulmuştur. Bu bağlamda söz konusu argümanın kabulü için,

- a) Satın alınacak teşebbüsün başka bir teşebbüs tarafından satın alınmaması durumunda yakın bir gelecekte pazar dışına çıkmak zorunda kalacağı,
- b) Satın alacak teşebbüsün satın alınacak teşebbüsün pazar dışına çıkması durumunda pazar payına sahip olacağı ve
- c) Satın alınacak teşebbüsü devralmaya talip rekabet açısından daha zayıf başka bir alıcının olmaması,

⁶⁹ IV/M.877 (1997).

⁷⁰ 1992 tarihli Birleşik Devletler Birleşme Rehberi'nde (The 1992 US Merger Guidelines) batmakta olan firma argümanına başvurulabilmesi için dört unsurun varlığının gerektiği belirtilmektedir. Bunlar; batışın yakın olması, çözülme sürecinde reorganizasyonun mümkün olmaması, şirketin aktiflerine tasfiye değerinin üzerinde teklif verecek alternatif alıcıların bulunmaması ve söz konusu satınalmanın gerçekleşmemesi halinde şirketin aktiflerinin pazar dışına çıkacağı hususlarıdır.

koşullarının varlığı aranmaktadır. Komisyon bu üç koşulun varlığının taraflarca ispatlanması ile 4064/89 sayılı Birleşme Tüzüğü'nün 2'nci maddesinin 3'üncü bendinde ima edilen zorunlu nedensel ilişkinin (yoğunlaşmanın bir hakim durum yaratılmasına ya da var olan bir hakim durumun güçlendirilmesine yol açmayacağı, işleme izin verilmemesi durumunda da aynı anti-rekabetçi sonuçların ortaya çıkacağı) bulunmayacağı sonucuna ulaşmıştır. *Kali und Salz* davası, Komisyon'un bu üç koşulun taraflarca ispatlandığını kabul etmesiyle izinle neticelenmiştir (Hawk ve Huser 1996, 269-270).

Yukarıda da belirtildiği üzere 4054 sayılı Kanun ve ilgili mevzuatta “batmakta olan firma” kavramına ilişkin bir hüküm bulunmamakla birlikte, bir dava hukuku olan rekabet hukukunun uygulamada karşılaştığı olaylar, AB uygulamalarında olduğu gibi, bu kavramın değerlendirmelerde kullanılmasını gündeme getirmiştir. Bu itibarla Rekabet Kurulu tarafından, bugüne kadar söz konusu olgunun yoğunlaşma analizlerinde dikkate alındığı tek dava *Marmara Bira/Toros Bira*⁷¹ davasıdır. Bu olayda Kurul, bira pazarındaki payı % 72 olan Efes Grubu'na ait Toros Biracılık A.Ş.'nin pazar payı % 5 olan Marmara Biracılık A.Ş.'yi devralmasına; Marmara Bira'nın iflasın eşiğinde olması, işleme izin verilmemesi durumunda şirketin kullandığı teşvikler ile yaptığı yatırımın pazar dışına çıkacağı, Efes Grubu'nun söz konusu devralma yerine mevcut teşvikleri ile de aynı maliyetle ilgili kapasite artırımına gidebileceği ve işleme izin verilip verilmemesi arasında pazar yapısı bağlamında bir fark olmayacağı tespitleri karşısında izin vermiştir. Bu değerlendirmede ayrıca piyasadaki en büyük rakip olan Tuborg'a, anılan devralmaya itiraz edip etmediği sorulmuştur.

⁷¹ Karar Tarihi: 12.02.1998, Karar Sayısı: 52/379-43.

4.1.7. Verimlilik Savunmaları (Efficiency Considerations)⁷²

Genel bir ifadeyle, yoğunlaşmalar içerisinde özellikle üretim faaliyetinin aynı seviyesinde meydana gelenler, farklı oranlarda olmak üzere yoğunlaşmaya taraf olan teşebbüslerin pazar gücünü artırmaktadır. Fiyatın mı, yoksa miktarın mı referans noktası alınmış olmasına göre değişkenlik göstermekle birlikte, bunların arasında çok küçük bir fark olduğu genel olarak kabul gören bir görüştür. Karar değişkenini fiyat olarak belirleyen modellerde (Deneckere ve Davidson 1985, 473-486), bir yoğunlaşma işlemi sonrasında fiyatın hem yoğunlaşmaya taraf hem de pazardaki diğer teşebbüslerce yükseltileceği öngörülmektedir. Bununla birlikte, miktarı değişken olarak alan modellerde ise (Salant, Switzer ve Reynolds 1983, 185-199), yoğunlaşmaya taraf teşebbüslerin işlem sonrası miktarı düşereceği ve bu itibarla fiyatları artıracacağı öte yandan diğer teşebbüslerin ise miktarı artıracacağı bir başka ifadeyle fiyatlarını düşereceği şeklinde bir düşünce bulunmaktadır. Bu iki tip model arasında söz konusu fark olmakla birlikte sonuçta her iki modelde de tüketici artığının⁷³ azalması söz konusudur. Tüketici artığının azalmasının toplamdaki etkisi, üretici artığındaki⁷⁴ daha büyük bir artışla karşılanabilir, böyle bir durumda söz konusu yoğunlaşmanın her ne kadar tüketicilerin aleyhine olduğunu söylemek mümkünse de, toplam refaha katkısı pozitif olacaktır. Ayrıca, tüketici ve üretici artıkları toplamının negatif olduğu durumlar da olabilmektedir. Verimlilik artışının söz konusu olmadığı durumlarda yoğunlaşmaların, pazar gücünü artırması bağlamında, hem tüketicilere hem de topluma belli oranlarda zararlı etkiler doğurabileceğini söylemek teorik açıdan yanlış olmayacaktır (Motta 2000, 199-203).

Verimlilik artışının söz konusu olduğu durumlarda ise artan pazar gücüne, toleransla yaklaşılması mümkündür. Bunun nedeni, yoğunlaşmayla

⁷² Günümüzde rekabet politikaları bakımından geçerli iki büyük düşünce okulu bulunmaktadır. Bunlar: Chicago ve Brüksel düşünce okullarıdır. Birleşik Devletler uygulamalarında baskın olan ve 1950'li yıllarda ortaya çıkan Chicago yaklaşımı, tamamen ekonomik kaygılar üzerine oturmuş ve kaynakların etkin dağılımını (allocation of resources) hedef almıştır. Bu düşünceye göre, rekabet politikası sosyal ve diğer politikaların etkisinden arındırılmış olmalı ve yalnızca verimlilik maksimizasyonu üzerinde durmalıdır. Brüksel yaklaşımı ise, AB uygulamalarında baskın olan ve ekonomik olgularla birlikte, tek pazarın oluşumuna yönelik öncelikleri de beraberinde taşıyan ve sosyopolitik yaklaşımların etkisi altında kalan bir yapıdadır.

Sadece etkinlik ve verimlilik kaygıları taşınması, Amerikan rekabet kurallarında Avrupa'nın aksine yıkıcı fiyatlama, yeniden satış fiyatının belirlenmesi gibi uygulamaların tüketicinin lehine olması itibarıyla, hoşgörüyü karşılanmasına neden olmaktadır. Devlet eliyle yaratılmış tekellerin geleneksel olduğu Avrupa'da ise serbest piyasa yapısı ABD'deki kadar gelişmiş değildir. Ayrıca, AB rekabet politikasının çok sayıda devletin egemenliğinin üzerinde bir yere sahip olması, diğer pek çok konuda olduğu gibi yoğunlaşmalarda etkinlik konusunda da farklılıklar içermektedir.

⁷³ "Tüketici Artığı" kavramı için bkz. Parkin, Powell ve Mathews 1997, 164.

⁷⁴ "Üretici Artığı" kavramı için bkz. Parkin, Powell ve Mathews 1997, 299.

sağlanacak verimlilik artışı ve buna paralel birim maliyet azalması olacaktır. Yoğunlaşmalardan kaynaklanan maliyet faydası; minimum maliyet üretim miktarına ulaşılması, sayısı ikiden bire düşen yönetim, araştırma-geliştirme ve diğer bazı birimlerde tasarrufa gidilmesi, hammadde ve diğer girdi alımlarında daha büyük olmanın getireceği pazarlık gücü artışı gibi nedenlerle ortaya çıkabilmektedir. Maliyetleri azalan firma bu durumu müşterilerine fiyat düşüşü şeklinde yansıtmak ve pazar payını artırmak isteyebilir. Hatta teorik olarak, bu maliyet azalışlarının yeterince büyük olması, fiyatların yoğunlaşma öncesine göre daha düşük bir seviyeye gerilemesine bile yol açabilecektir.

Ancak, rekabet otoritelerinin yoğunlaşmalarda tek başına hakimlik değerlendirmeleri uygulamasında, verimlilik artışının dikkate alınması kolay bir konu değildir. Bu olgu özellikle Birleşik Devletler davalarında yoğun bir şekilde gündeme getirilmekle birlikte, AB mevzuatında verimlilik artışının rekabetin azaltılması sonucunu tolere edebileceğine dair açık bir hüküm bulunmamaktadır. Salt mevzuat anlamında bakıldığında bizim de direkt çeviri biçiminde aldığımız kaynaktaki (Birleşme Tüzüğü md. 1.1(b), bizdeki 1997/1 sayılı Tebliğ md. 6.1(b)), birleşme ve devralmaların değerlendirilmesinde dikkate alınması gereken noktalar arasında gösterilen “*rekabet engellenmesi şeklinde olmayan ve tüketiciye avantajlar sağlayan teknik ve ekonomik süreçteki gelişme*” şeklindeki örnekte, bazı yorumlara göre (Jacquemin) verimliliğe atıfta bulunmaktadır. Ancak, bu hükümde dikkate alınması gereken iki unsur bulunmaktadır ki, burada teknik ve ekonomik gelişmeden, bir başka deyişle verimlilik artışından, tüketicinin faydalanması gerekmekte ve ikinci belki de daha da önemli olarak, verimlilik artışının piyasadaki rekabetin azalmasına yol açmaması gerekmektedir.

4054 sayılı Kanun uygulamalarında “verimlilik artışının” dayanak yapıldığı bir yoğunlaşma kararı bulunmamakla birlikte, söz konusu argümanın kesinlikle kullanılmayacağına dair aksi bir hüküm de yoktur.

Öte yandan Komisyon tarafından, *AT&T/NCR*⁷⁵ davasında olası maliyet azalışlarının birleşme kararı değerlendirmesinde gündeme getirildiği bilinmektedir. Maliyet avantajının yoğunlaşmaya taraf olan teşebbüsler tarafından öne çıkarıldığı davaların en ünlüsü ise *Aerospatiale-Alenia/De Havilland* davasıdır. Komisyon, bu kararında tarafların maliyet tasarrufu iddiasını, tasarrufa konu edilen miktarın önemsiz olduğu, net bir şekilde hesaplanmadığı, söz konusu tasarrufların yoğunlaşmaya bağlı olmadığı, bir başka ifadeyle bu tasarrufların yoğunlaşma olmadan da sağlanabileceği ve anılan faydaların tüketiciye yansımayaacağı nedenleriyle, kabul etmemiştir. Bundan başka, *Accor/Wagon Lits*⁷⁶, *MSG/Media Services* ve *Mercedes-Benz/Kassbohrer* davalarında da, taraflar maliyet tasarrufu konusunu gündeme getirmişlerdir.

⁷⁵ IV/M.050 (1991).

⁷⁶ IV/M.126 (1991).

SONUÇ

Rekabet otoritelerinin birleşme ve devralmalarla piyasalarda yaşanan yapısal değişimlerdeki ortak endişesi, bu yolla hakim durumun tesisi ya da pekiştirilmesi neticesinde, teşebbüslerin özellikle fiyatları kârlı bir biçimde yükseltebilme gücüne kavuşmaları ihtimalinden kaynaklanmaktadır. Bu durum belli büyüklüğün üzerindeki yoğunlaşma işlemlerinin izne tabi olmasıyla büyük oranda bertaraf edilmekte, ancak söz konusu değerlendirmelerin geleceğe yönelik tahminleri içermesi bağlamında mutlak anlamda doğru sayılabilecek sonuçlara ulaşılması her zaman mümkün olmamaktadır.

Antitröst uygulamalarında, çok büyük oranda ekonomik bir içeriğe sahip olan hakim durum analizi, daha özelinde ise, yatay yoğunlaşmalarda hakim duruma gelmesi ya da var olan bir hakim durumun güçlendirilmesi hususunda; gerek kavramlar üzerinde ortak bir tanıma ve görüş birliğine varılması, gerekse analiz edilmesi gereken unsurların neler olduğu konularıyla ilgili olarak önemli aşamalar kaydedilmiştir. Bu unsurlar, "rekabet" olgusuna yüklenen anlamdan başlamak üzere, konuyla ilgili uygulayıcı Kurumları bağlayıcı devlet politikalarından ülke piyasalarının gelişmişlik derecesine, hukuk sistemlerinden rekabet kültürlerine kadar pek çok değişkenin altında hasıl olmaktadır. Pazar odaklı bir yaklaşımda ise, büyük bir hızla gelişen teknoloji ile şekillenen ekonomiler ve değişen tüketici ihtiyaçları, hakim durum değerlendirmelerinde göz önünde bulundurulması gereken unsurlara yenilerini eklemektedir.

Bu çalışmada genel hatlarıyla uygulamada, yatay yoğunlaşmaların hakim durum kavramı çerçevesinde değerlendirilmesinde dikkate alınan önemli kriterler irdelenmeye çalışılmış ve bunlarla ilgili Türk Rekabet Kurumu ve AB Komisyonu'nun örnek davalarına değinilmiştir. Bu itibarla, hakim durumun en önemli göstergelerinden sayılan "pazar payı" tek başına yeterli bir gösterge olmayabilmekte ve salt oranlara bakılarak ulaşılan yargılar yanıltıcı sonuçlara yol açabilmektedir. Değerlendirmelerde, pazardaki diğer teşebbüslerin payları ve ekonomik güçleri, pazara giriş engelleri, alıcıların gücü, yoğunlaşmaya taraf teşebbüslerin özellikleri gibi hususlar, en az pazar payı kadar önemli göstergeler

olabilmektedir. Bu çerçevede, pazarın ve ilgili teşebbüslerin özelliklerinin her yönüyle incelenmesi, çok yüksek pazar paylarına ulaşılan yoğunlaşmalara izin verilmesi sonucunu doğurabileceği gibi, bazı işlemler de, bu hususlar göz önünde bulundurularak, nispeten düşük pazar oranlarıyla hakim duruma ulaşılması bağlamında yasaklanabilmektedir.

Bu çerçevede, Rekabet Kurulu tarafından bir⁷⁷, AB Komisyonu tarafından ise 13 yoğunlaşma işleminin gerçekleştirilmesine izin verilmemiştir⁷⁸. Gerek yasaklanan gerekse koşullu ya da koşulsuz izin verilen yoğunlaşma işlemleri, farklılıkları ve kendine has özellikleriyle yeni kavramların düşünülmesine yol açarak, bir dava hukuku (case law) olan rekabet hukukunun zenginleşmesine katkıda bulunmaktadır. Bu zenginlik, rekabet kurallarının ülkemizden çok daha eski ve yerleşik piyasa kültürüne sahip olan ABD ve AB bünyesinde uzun yıllardır uygulanmasıyla kazanılan birikimden kaynaklanmaktadır. Her ne kadar ülkemiz pratiğinde özellikle AB uygulamalarının bir bölümünden direkt olarak yararlanılabilsede, bu açıdan henüz emekleme aşamasında olan 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun da, zaman içerisinde Rekabet Kurulu ve ayrıca Danıştay kararlarıyla Türkiye koşullarında kendi içtihatlarını yaratacak ve belki de bu ülkeye has bazı özellikler dolayısıyla, antitröst literatürüne yeni kavramlar kazandıracaktır.

⁷⁷ İGSAŞ/Toros Gübre. Önceki bölümlerde özelleştirme şeklinde olmayan birleşme ve devralma başvuruları içerisinde yasaklandığı belirtilen 27.05.1999 tarih ve 99-26/230-138 sayılı LPG ortak girişimi ile 23.05.2000 tarih ve 00-19/188-100 sayılı dört çimento şirketinin ortak girişimine ilişkin işlemler, 4054 sayılı Kanun'un 7'nci maddesi kapsamında yoğunlaşma sayılmamış, aynı Kanun'un 4'üncü maddesi bağlamında birer anlaşma olarak değerlendirilmişlerdir. Bu itibarla, bir anlamda mevzuatımızda 7'nci madde bakımından yasaklanan bir tek dava bulunmaktadır.

⁷⁸ AB Komisyonu tarafından yasaklanan 13 işlemin bir kısmı birlikte hakimlik kavramı altında değerlendirilmiştir. Bu bağlamda, Birleşme Tüzüğü'nün yürürlüğe girmesinden itibaren (Eylül 2000 itibarıyla) izin verilmeyen davalar şunlardır: *Aerospatiale/Alenia/de Havilland*, *MSG Media Services*, *Nordic Satellite Distribution*, *RTL/Veronica/Endemol*, *Gencor/Lonrho*, *Kesko/Tuko*, *Saint-Gobain/Wacker-Chemie/NOM*, *Blokker/Toys "R" Us*, *Deutsche Telekom/BetaResearch*, *Bertelsmann/Kirch/Premiere*, *Airtours/First Choice*, *Volvo/Scania* ve *MCI WorldCom/Sprint*.

ABSTRACT

The analysis of whether a concentration creates or strengthens a dominant position is one of the central keys of competition authorities. But the issue is not a straight-forward one, and consists of many points that have to be taken into account. May be deciding in the character of concentration (single firm dominance or collective dominance) should be the starting point of analysis. Although the subject of this paper is related with single firm dominance, it could be said that both of them have very common evaluation process.

In the analysis, one of the main points examined is market shares of the parties to concentration. Although neither EC Competition Law nor Act on the Protection of Competition (Act No. 4054) has thresholds for creating dominance, it is generally assumed that the greater the share of the parties the greater the likelihood of being dominant. But as said above, the issue is not a straight-forward one. The other indicators such as potential competition and entry barriers, buyer power, market shares and other features of competitors in the market might be as important as the market shares of the parties. And these are the points which would lead to the clearance of a concentration which may lead to very high market shares. On the other hand, although it is assumed that any concentration having market share below 25 %, which is the threshold for notification of mergers and acquisitions as per the Act No: 4054, is not likely to hinder effective competition, there could be dominance slightly above this threshold.

Mainly, it is the potential competition and entry barriers as well as buyer power that neutralise the importance of market shares. Having its basis in "The Contestable Market Theory", under the existence of low entry and exit barriers, it is considered that threat of potential competition may well discipline incumbent(s) behaviors even in a monopoly or near monopoly type of market structures.

As a consequence, the process of deciding a dominance in any concentration attempt is very complex and has multi-lateral dimension. And the duties of competition authorities are really tough and the decision making process can be regarded as highly subjective. The best thing do here is to struggle to unearth the real powers of the parties by examining all the forces behind the structure.

KAYNAKÇA

AHLBORN, C. ve V. TURNER (1998), "Expanding Success? Reform of the EC Merger Regulation?", *ECLR*, No:4, s. 249-262.

AKINCI, A. (1999), "Rekabet Hukuku Açısından Birleşme ve Devralmaların Kontrolü", *Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları*, s. 101-124.

ALONSO, J. F. B. (1993), "Economic Assessment of Oligopolies under the Community Merger Control Regulation", *ECLR*, No: 3, s. 118-122.

ASLAN, Y. (1992), *Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara.

ASLAN, Y. (1997), *Rekabet Hukuku ve Rekabetin Korunması Hakkında Kanun*, Ekin Kitabevi, Bursa.

BAVASCO, A. F. (1998), "Boeing/McDonnell Douglas: Did the Commission Fly Too High?", *ECLR*, No: 4, s. 243-248.

BELLAMY, C. J. ve G. CHILD (1993), *Common Market Law of Competition*, Fourth Edition, Sweet&Maxwell, London.

BISHOP, S. ve M. WALKER (1999), *Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, Sweet&Maxwell, London.

BISHOP, B. (1997), "The Boeing/McDonnell Douglas Merger", *ECLR*, No: 7, s. 417-419.

BROBERG, M. P. (1997), "Merger Control in Europe Comparing the Merger Control Regime of the Community with those of the Member States", *World Competition*, Vol: 20, No: 4, s. 5-37.

BROWN, A. (1994), "Judicial Review of Commission Decisions under the Merger Regulation: The First Cases", *ECLR*, No: 6, S. 296-305.

CAMESASCA, P. D. (1999), "The Explicit Efficiency Defence in Merger Control: Does it Make the Difference?", *ECLR*, No: 1, s. 14-28.

COOK, C. J. ve C. S. KERSE (2000), *EC Merger Control*, Third Edition, Sweet&Maxwell, London.

"Department of Justice and Federal Trade Commission Horizontal Merger Guidelines", <http://www.antitrust.org/law/US/mg.html>

DESS, G. G. ve MILLER, A. (1993), *Strategic Management*, Mc Graw-Hill, Singapore.

DOWNES, T. A. ve D. S. MACDOUGALL (1994), "Significantly Impeding Effective Competition: Substantive Appraisal under the Merger Regulation", *ELR*, No: 3, s. 286-303.

DRUCKER, P. F. (1999), "Peter Drucker on the New Realities", *The Antitrust Bulletin*, Winter, s. 795-819.

DUMEZ, H. ve A. JEUNEMAITRE (1991), *Avrupa'da Rekabet Teşebbüsler Açısından Oyunun Yeni Kuralları*, (çev.) Mehmet Mukadder Yakupoğlu, Mor Yayınları, Ankara.

ESİN, A. (1998), *Rekabet Hukuku*, ESC, İstanbul.

ETTER, B. (2000), "The Assessment of Mergers in the EC under the Concept of Collective Dominance An Analysis of the Recent Decisions and Judgements-by an Economic Approach", *World Competition*, s. 103-139.

FAULL, J. ve A. NIKPAY (1999), *The EC Law of Competition*, Oxford University Press, Oxford.

FINE, F. L. (1994), *Mergers and Joint Ventures in Europe The Law and Policy of the EEC*, İkinci Baskı, Kluwer Law International, London.

FROEB, L. (1994), "Unilateral Effects: The Guidelines, Cases, and Economics", <http://www.antitrust.org/economics/mergers/unilateral.html>.

GODEK, P. E. (1998), "A Chicago-scholl Approach to Antitrust for Developing Economies", *The Antitrust Bulletin*, Spring, s. 261-274.

GOYDER, D. G. (1993), *EC Competition Law*, Second Edition, Clarendon Press, Oxford.

GÜL, İ. (2000), *Teşebbüsün Alıcılarına Ayrımcılık Yaparak Hakim Durumunu Kötüye Kullanması*, Rekabet Kurumu, Ankara.

HAWK, B. E. ve H. L. HUSER (1996), *European Community Merger Control: A Practitioner's Guide*, Kluwer Law International, The Hague.

HOEHN, T., LANGENFELD, J., MESCHI, M. ve L. WAVERMAN (1999), *Quantitative Techniques in Competition Analysis*, OFT için hazırlanan 17. no.lu araştırma raporu.

KYRIAZIS, N. ve L. GYSELEN (1984), "Article 86 EEC: The Monopoly Power Measurement Issue Revisited", *ELR*, s. 134-148.

LEDDY, M. (1993), "The 1992 US Horizontal Merger Guidelines and Some Comparisons with EC Enforcement Policy", *ECLR*, No: 1, s. 15-19.

MOTTA, M. (2000), "EC Merger Policy and the Airtours Case", *ECLR*, No: 4, s. 199-207.

MONTI, M. (2000), "The Main Challenges for A New Decade of EC Merger Control",
http://europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.ksh?p_action.gettxt=gt&d.../311|0|A|GED&lg=E

NATIONAL ECONOMIC RESEARCH ASSOCIATES (1999), *Merger Appraisal in Oligopolistic Markets*, OFT için hazırlanan 19. no.lu araştırma raporu.

NEVEN, D., NUTTALL, R. ve P. SEABRIGHT (1993), *Merger in Daylight The Economics and Politics of European Merger Control*, Centre For Economic Policy Research.

NOEL, P. E. (1997), "Efficiency Considerations in the Assessment of Horizontal Mergers under European and US Antitrust Law", *ECLR*, No: 8, s. 498-519.

OLDALE, A. (2000), "Competition Commission Decision on North Sea Helicopter Services", *ECLR*, S. 345-

ÖZ, G. A. (2000), *Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması*, Rekabet Kurumu, Ankara.

PEPAL, L., RICHARDS, D. J. ve G. NORMAN (1999), *Industrial Organization: Contemporary Theory and Practice*, South-Western College Publishing, Cincinnati.

"Rekabet Kurumu 3. Dönem Uzman Yardımcıları Eğitim Programı Rekabet Hukuku Ders Notları Rekabeti Engelleyen Davranışların İktisadi Analizi", (hazırlayan) Şahin Ardıyok.

RIDYARD, D. (1994), "Economic Analysis of Single Firm and Oligopolistic Dominance under the European Merger Regulation", *ECLR*, No:5, s. 255-262.

RIDYARD, D. (1992), "Joint Dominance under the EC Merger Regulation", *ECLR*, No: 4, s. 161-164.

RITTER, L., BRAUN, W. D. ve F. RAWLINSON (1991), *EEC Competition Law-A Practitioner's Guide*, Kluwer Law International, Brüksel.

RODGER, B.J. ve A. MACCULLOCH (1999), *Competition Law and Policy in the EC and UK*, Cavendish Publishing Limited, London.

ROSE, V. (1993), *Common Market Law of Competition*, Dördüncü Baskı, Sweet&Maxwell, London.

SANLI, K. C. (2000), *Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği*, Rekabet Kurumu, Ankara.

TASSANO, F. (1999), "Are Vertical Mergers Harmful?", *ECLR*, No: 7, s. 395-397.

VISCUSI, W. K., VERNON, J. M. ve J. E. HARRINGTON (1998), *Economics of Regulation and Antitrust*, İkinci Baskı, The MIT Press, Cambridge.

VOGEL, L. (1998), "Competition Law and Buying Power: The Case for a New Approach in Europe", *ECLR*, No: 1998, s. 4-11.

WALKER, J. M. (2000), "Buyer Power", *ECLR*, No: 3, s. 170-174.

WILLIMSKY, S.M. (1997), "The Concept(s) of Competition", *ECLR*, No: 1, s. 54-57.

ZEKOS, G. I. (2000), "The New EU Approach to Mergers and Market Integration", *ECLR*, No: 1, s. 37-44.